



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

2005

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

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

Giovanni Maria Ubertazzi (1919-2005) - fasc. n. 4 -

Pag. [623](#)

INDICE 2005

ARTICOLI

- Angela Di Stasi* - Principi giurisprudenziali e principi "costituzionali" euro-nazionali in materia di ragionevole durata del processo e del procedimento Pag. [215](#)
- Lorenzo Gradoni* - Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio » [625](#)
- Mario Panebianco* - Quale *leadership* democratica nel nuovo Trattato di Roma? » [421](#)
- Luca Trifone* - La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38 » [7](#)

COMMENTI

- Enrica Adobati* - Medici specializzandi: sulle domande di riconoscimento del diritto alla borsa di studio è competente a decidere il giudice ordinario » [295](#)

<i>Enrica Adobati</i> - Aiuti comunitari alla produzione di semi di soia: è competente il giudice ordinario a riconoscere il diritto agli aiuti	Pag. 724
<i>Giorgio Algozini</i> - L'utilizzazione economica delle informazioni del settore pubblico nel diritto comunitario	» 733
<i>Elisa Baroncini</i> - Il ruolo di attore internazionale dell'Unione nella Costituzione europea	» 765
<i>Marco Borraccetti</i> - Le Camere giurisdizionali nel sistema giudiziario dell'Unione europea: il Tribunale della funzione pubblica	» 525
<i>Fausto Capelli</i> - <i>Barbara Klaus</i> - I problemi ancora aperti dopo la sentenza della Corte di giustizia che conferma la validità della direttiva sugli integratori alimentari	» 443
<i>Victor Chimienti</i> - Sull'applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza: il caso <i>Hoffmann-La Roche</i> dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti	» 495
<i>Giorgio Corno</i> - Il regolamento n. 805/2004/Ce istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati	» 309
<i>Andrea Ferreri</i> - La direttiva n. 2004/35/Ce sulla prevenzione e riparazione del danno ambientale	» 337
<i>Massimo Fragola</i> - Prime note sul regolamento Ce n. 261/2004 che istituisce nuove norme comuni in materia di «overbooking» aereo	» 129
<i>Adabella Gratani</i> - La conferenza di servizi in materia di realizzazione di una discarica: la partecipazione degli «enti locali interessati»	» 111
<i>Rosanna Meoli</i> - Ancora sulla rilevanza della questione "puramente interna": la sentenza della Corte di giustizia nel caso <i>Salzmann</i>	» 45
<i>Elisa Presutti</i> - La Corte di giustizia e il Patto di stabilità e crescita: commento alla sentenza del 13 luglio 2004	» 65
<i>Teresa Russo</i> - La "Costituzione europea" tra revisione e continuità normativa	» 573
<i>Andrea Soncini</i> - Trasparenza ed effettività in materia di concessione di servizi	» 693

<i>Luca Trifone</i> - La sentenza <i>Orfanopoulos</i> e la normativa tedesca: innovazioni in tema di allontanamento di cittadini comunitari dal territorio degli Stati membri	Pag. 257
<i>Caterina Tuosto</i> - I brevetti farmaceutici e i Paesi in via di sviluppo	» 547
<i>Sergio Ventura</i> - Sul divieto dell'uso del termine «bio» per prodotti prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico	» 461
<i>Emilia Vigliar</i> - Il modello di Unione europea nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa	» 151

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Confessioni religiose ed integrazione europea tra pluralismo e multiculturalismo	» 179
<i>Fausto Capelli</i> - Indicazioni aggiuntive (di qualità o di fantasia) sulle etichette dei prodotti alimentari con particolare riferimento al settore degli oli d'oliva	» 383
<i>Fausto Capelli</i> - La direttiva n. 2004/35/Ce sul danno ambientale: aspetti giuridici	» 815
<i>Caterina Di Bianco</i> - La tutela ambientale nell'Unione europea: principi, obiettivi e procedure decisionali	» 611
<i>Claudio Di Turi</i> - L'Organizzazione internazionale del lavoro e l'Unione di Myanmar (ex Birmania): un rapporto difficile	» 603

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Acquisto di beni immobili: libera circolazione dei capitali e norme nazionali restrittive

Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 2003 in causa n. C-300/01

<i>Doris Salzmann</i>	» 37
(con commento di <i>Rosanna Meoli</i>)	

È illegittima e viola il diritto comunitario l'espulsione automatica di cittadini comunitari dallo Stato membro ospitante

Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-482/01 e n. C-493/01

<i>Georgios Orfanopoulos e altri c. Land Baden-Württemberg e altri</i>	» 247
(con commento di <i>Luca Trifone</i>)	

- Patto di stabilità: la Commissione ha il diritto di iniziativa nella tutela delle finanze pubbliche. Il Consiglio non può modificare le raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 104 CE**
Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004 in causa n. C-27/04
Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea (con commento di *Elisa Presutti*) Pag. 57
- La direttiva sugli integratori alimentari è conforme al diritto comunitario**
Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 12 luglio 2005 in cause riunite n. C-154/05 e n. C-155/04
The Queen, ex parte: Alliance for Nationale Health, Nutri-Link Ltd c. Secretary of State for Health
The Queen, ex parte: National Association of Health Stores, Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health, National Assembly for Wales » 437
(con commento di *Fausto Capelli* e *Barbara Klaus*)
- L'uso del termine «bio» per i prodotti alimentari: normativa nazionale e normativa comunitaria**
Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2005 in causa n. 135/03
Commissione europea c. Regno di Spagna » 451
- Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2005 in causa n. C-107/04
Comité Andaluz de Agricultura Ecológica c. Administración General del Estrado e Comité Aragonés de Agricultura Ecológica » 452
(con commento di *Sergio Ventura*)
- Contrasta con i principi di trasparenza, effettività e concorrenza una normativa nazionale che consente l'affidamento diretto di concessioni di pubblici servizi**
Sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03
Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti, con l'intervento di: Padania Acque SpA » 685
- Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03
Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG » 686
(con commento di *Andrea Soncini*)

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)**Iscrizione all'albo dei consulenti di brevetti dello Stato membro ospitante e diritto comunitario**

Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 2003 in causa n. C-131/01

Commissione europea c. Repubblica italiana

Pag. 267

Introduzione dell'euro: regole applicabili per l'arrotondamento

Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2004 in causa n. C-19/03

Verbraucher-Zentrale Hamburg eV c. O2 (Germany) GmbH & Co. OHG

» 83

Compatibilità con il diritto comunitario della legge quadro italiana sugli appalti pubblici di lavori

Sentenza della Corte di giustizia del 7 ottobre 2004 in causa n. C-247/02

Sintesi SpA c. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

» 85

La Corte di giustizia si pronuncia sull'obbligo di un'impresa di rendersi garante per la retribuzione minima dei lavoratori alle dipendenze di un subappaltatore

Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2004 in causa n. C-60/03

Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. José Filipe Pereira Félix

» 269

Verifica della compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che viola i valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale

Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02

Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn

» 87

La Corte di giustizia interpreta la nozione di diritto di soggiorno ai sensi della direttiva n. 90/364/Cee

Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02

Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department

» 89

Interpretazione della direttiva n. 96/9/Ce sulla tutela giuridica delle banche dati

Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2004 in causa n. C-46/02 <i>Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab</i>	Pag. 271
Nozione di rifiuti: interpretazione delle direttive Cee n. 75/442 e n. 91/156	
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2004 in causa n. C-457/02 Procedimento penale a carico di <i>Antonio Niselli</i>	» 91
Lo Stato italiano è inadempiente nell'adozione delle misure a tutela dell'ambiente e della salute umana	
Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2004 in causa n. C-447/03 <i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 94
Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2004 in causa n. C-97/04 <i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 95
Incompatibilità della normativa italiana con quella comunitaria in materia di servizi di assistenza a terra negli aeroporti	
Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2004 in causa n. C-460/02 <i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 96
Il divieto nazionale di commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale non contrasta con la normativa comunitaria	
Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2004 in causa n. C-434/02 <i>Arnold André GmbH & Co. KG c. Landrat des Kreises Herford (Presidente della Provincia di Herford)</i>	» 99
Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2004 in causa n. C-210/03 <i>The Queen</i> , su richiesta di <i>Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health</i>	» 98
Applicabilità della normativa comunitaria all'appalto pubblico di servizi organizzato da un'impresa nella quale l'amministrazione pubblica detiene la maggioranza del capitale	
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03 <i>Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leunai</i>	» 273

- Interpretazione del regolamento n. 1408/71 in tema di concessione di assegni alimentari a favore dei figli di detenuti**
Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2005 in causa n. C-302/02
Procedimento penale a carico di *Nils Laurin Effing* Pag. [275](#)
- La disciplina relativa all'attività degli agenti dei giocatori di calcio (Regolamento Fifa) è compatibile con la normativa comunitaria sulla concorrenza**
Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 gennaio 2005 in causa n. T-193/02
Laurent Piau c. Commissione europea, sostenuta da *Fédération internationale de football association (FIFA)* » [277](#)
- Il collegio arbitrale non può essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE**
Sentenza della Corte di giustizia del 27 gennaio 2005 in causa n. C-125/04
Guy Denuit, Betty Cordenier c. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA » [280](#)
- Legittimità delle norme italiane sulla composizione della commissione di esame d'avvocato alla luce del diritto comunitario della concorrenza e della libertà di stabilimento**
Ordinanza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2005 in causa n. C- 250/03
Mauri c. Ministro della giustizia » [281](#)
- La Corte di giustizia precisa la portata della protezione dei consumatori nei contratti a distanza di noleggio di autoveicoli conclusi via Internet**
Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2005 in causa n. C-336/03
EasyCar (UK) Ltd c. Office of Fair Trading » [705](#)
- La Corte si pronuncia sull'irricevibilità del ricorso proposto dalla Spagna contro i bandi di concorso organizzati dall'Eurojust**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2005 in causa n. C-160/03
Regno di Spagna c. Eurojust » [286](#)
- Aiuti per il mantenimento degli studenti e normativa comunitaria**

- Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03
Bidar Pag. 283
- La Corte di giustizia precisa che al tirocinio per le professioni legali si applicano le norme comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori**
Sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2005 in causa n. C-109/04
Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen » 288
- Non contrasta con la libera circolazione delle merci l'attività di vendita ambulante di abbonamenti a periodici se la disciplina relativa non opera discriminazioni tra prodotti comunitari e prodotti nazionali**
Sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 2005 in causa n. C-20/03
Procedimento penale a carico di *Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden, Anthony De Jong* » 469
- La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2001/23/Ce sui trasferimenti di imprese con riferimento ai diritti dei lavoratori**
Ordinanza della Corte di giustizia del 26 maggio 2005 in causa n. C-297/03
Sozialhilfverband Rohrbach c. Arbeiterkammer Oberösterreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund » 707
- Un caso particolare di applicazione della direttiva sulla tutela del lavoratore in caso di trasferimento di imprese**
Ordinanza della Corte di giustizia del 26 maggio 2005 in causa n. C-297/03
Sozialhilfverband Rohrbach c. Arbeiterkammer Oberösterreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund » 471
- Il sistema svedese che prevede un monopolio di vendita al dettaglio dei medicinali contrasta con la normativa comunitaria relativa alla libera circolazione delle merci**
Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005 in causa n. C-438/02
Procedimento penale a carico di *Krister Hanner* » 474
- L'Autorità greca per la concorrenza non può essere considerata una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE**

- Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005 in causa n. C-53/03
Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e a. c. GlaxoSmithKline AEVE plc e a. Pag. 473
- Il giudice nazionale è sempre tenuto a rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva n. 89/665/Cee sugli appalti pubblici**
Sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2005 in causa n. C-15/04
Koppensteiner GmbH c. Bundesimmobiliengesellschaft mbH » 476
- La Corte di giustizia precisa la nozione di servizio di trasmissione televisiva ricomprendendovi anche i servizi «pay per view»**
Sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2005 in causa n. C-89/04
Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media » 478
- È incompatibile con il diritto comunitario la normativa italiana che sospende i diritti di voto relativi a partecipazioni superiori al 2% del capitale sociale delle imprese operanti nei settori dell'elettricità e del gas**
Sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2005 in causa n. C-174/04
Commissione europea c. Repubblica italiana » 480
- La Corte interpreta il regolamento n. 1408/71 e precisa nuovamente la nozione di lavoratore**
Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2005 in causa n. C-543/03
Christine Dodl, Petra Oberhollenzer c. Tiroler Gebietskrankenkasse » 482
- Contrasta con il diritto comunitario la clausola assicurativa che non riconosce o che limita in misura sproporzionata il risarcimento del danno a favore del passeggero corresponsabile**
Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2005 in causa n. C-537/03
Katja Candolin e a. c. Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola e Jarno Ruokoranta » 484
- Lo Stato di residenza deve riconoscere gli assegni familiari ai lavoratori che si spostano in altri Paesi comunitari**
Sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 2005 in causa n. C-153/03

- Caisse nationale des prestations familiales c. Ursula Weide, coniugata Schwarz* Pag. 709
- La Corte di giustizia ha inflitto alla Francia elevate sanzioni per inosservanza della normativa comunitaria in materia di pesca**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02
Commissione europea c. Repubblica francese » 710
- Riconoscimento dei diplomi di ergoterapeuta e di ingegnere meccanico**
Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2005 in causa n. C-141/04
Michail Peros c. Techniko Epimelitirio Ellados » 712
- Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2005 in causa n. C-142/04
Maria Aslanidou c. Ypourgos Ygeias & Pronoias » 713
- L'indennità di disoccupazione non può essere subordinata al completamento di studi secondari nello stesso Stato membro in cui l'indennità deve essere corrisposta**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2005 in causa n. C-258/04
Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis » 715
- La Corte interpreta la Convenzione di Bruxelles e chiarisce che la sentenza può essere eseguita solamente nel rispetto della normativa sulle notifiche**
Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005 in causa n. C-522/03
Scania Finance France SA c. Rockinger Spezialfabrik für Anhängerkupplungen GmbH & Co. » 716
- La vendita di gomme da masticare non confezionate, tramite distributori automatici, può essere vietata in Austria**
Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2005 in causa n. C-366/04
Georg Schwarz c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg » 719

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA****Direttiva sulla valutazione dell'impatto ambientale: prevalenza della normativa statale di trasposizione e di attuazione in via regolamentare sulla normativa legislativa regionale**

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, del 28 maggio 2004 n. 3451/2004

Regione Lombardia c. Provincia di Mantova, Comune di Castiglione delle Stiviere e altri

(con commento di *Adabella Gratani*)

Pag. 103

Limiti all'applicazione extraterritoriale del diritto antitrust statunitense

Opinion of the Supreme Court of the United States of June 14, 2004 in the case No. 03-724

F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran S.A. et. al.

(con commento di *Victor Chimienti*)

» 487

La Corte di cassazione afferma la competenza del giudice ordinario per le borse di studio dei medici specializzandi

Sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, del 18 novembre 2004 - 4 febbraio 2005 n. 2203

Alcamisi c. Ministero della pubblica istruzione e altri

(con commento di *Enrica Adobati*)

» 291

Il Tribunale di Roma condanna l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (Agea) al pagamento di aiuti comunitari sulla soia

Sentenza del Tribunale civile di Roma, sezione seconda, del 25 ottobre 2005-31 ottobre 2005 n. 23238

Azienda Agricola Castello Sas di Bellio A. e L. c. Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (Agea) e Ministero delle politiche agricole e forestali

(con nota di *Enrica Adobati*)

» 721

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ**Mercato dell'informazione: utilizzazione economica di documenti pubblici**

Direttiva n. 2003/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico

(con commento di *Giorgio Algozini*)

» 727

- La recente disciplina comunitaria sul negato imbarco aereo (c.d. «overbooking»)**
 Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (Cee) n. 295/91
 (con commento di *Massimo Fragola*) Pag. 121
- Libera circolazione delle decisioni giudiziarie: istituito un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati**
 Regolamento (Ce) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati
 (con commento di *Giorgio Corno*) » 301
- Attività pericolose e responsabilità ambientale: nuova disciplina sulla prevenzione e sulla risarcibilità del danno all'ambiente**
 Direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale
 (con commento di *Andrea Ferreri*) » 329
- L'istituzione del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea migliora l'efficienza del sistema giurisdizionale comunitario**
 Decisione del Consiglio del 2 novembre 2004 che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea (2004/752/Ce, Euratom)
 (con commento di *Marco Borraccetti*) » 519
- DOCUMENTAZIONE**
- Brevetti farmaceutici e Paesi poveri nel quadro giuridico del WTO**
 Decision of 30 August 2003 of World Trade Organization, WT/L/540, 2 September 2003 on «Implementation of paragraph 6 of the Doha declaration on the Trips agreement and public health» » 539
- The General Council Chairperson's Statement
 (con commento di *Caterina Tuosto*) » 543

Relazioni esterne dell'Unione europea: le norme della Costituzione europea	
Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa – Titolo V – Azione esterna dell'Unione - Artt. III-292 – III-293 (con commento di <i>Elisa Baroncini</i>)	Pag. 763
Consiglio europeo	
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 dicembre 2004	» 143
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 22-23 marzo 2005	» 369
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 giugno 2005	» 375
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 dicembre 2005	» 809
L'Italia ha ratificato il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa	
Disegno di legge n. 3269 del Senato della Repubblica - XIV Legislatura (in argomento lo scritto di <i>Emilia Vigliar</i>)	» 149
Stato delle procedure di ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa	
Tabella esplicativa	» 167
Notizie sulla ratifica della Costituzione	» 171
Considerazioni sul processo di ratifica del Trattato Costituzionale	
Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri dell'Unione europea sulla ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (in argomento: lo scritto di <i>Teresa Russo</i>)	» 571
RECENSIONI	
<i>Giuliano Amato</i> , Noi in bilico (<i>Vincenzo Russo</i>)	» 615
<i>Fabio Buonomo</i> , La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (<i>Juan Fernandez-Jardon</i>)	» 401
<i>Antonio Cassese</i> , Diritto internazionale, vol. I, I lineamenti; vol. II, I problemi della comunità internazionale (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 189

<i>Sabino Cassese</i> , La nuova costituzione economica. Lezioni (<i>Francesco Buonomenna</i>)	Pag. 190
<i>Mario P. Chiti</i> , Diritto amministrativo europeo (<i>Mario Palma</i>)	» 827
<i>Maria Clelia Ciciriello</i> , La Comunità Europea e i suoi principi giuridici - Lezioni di diritto comunitario (<i>Giuseppe D'Ambro- sio</i>)	» 405
<i>Ugo Draetta</i> , Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte isti- tuzionale (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 831
<i>Ugo Draetta - Nicoletta Parisi</i> , Elementi di diritto dell'Unione europea Parte speciale (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 831
<i>Stephan Hobe - Otto Kimminich</i> , Einführung in das Völkerrecht <i>Knut Ipsen</i> , Völkerrecht (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 195
<i>Stéphanie Mail-Fouilleul</i> , Les dépens dans le contentieux com- munautaire (<i>Enrica Adobati</i>)	» 617
<i>Enzo Moavero Milanesi</i> , Diritto della concorrenza dell'Unione Europea (<i>Daniela Marrani</i>)	» 407
<i>Lorenzo Federico Pace</i> , I fondamenti del diritto antitrust euro- peo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea (<i>Giada Ceridono</i>)	» 197
<i>Fausto Pocar</i> , Diritto dell'Unione e delle Comunità europee (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 831
<i>Jeremy Rifkin</i> , Il sogno europeo (<i>Fausto Capelli</i>)	» 199
<i>Rudolf Streinz</i> (a cura di), EUV/EGV - Vertrag über die Euro- päische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (<i>Barbara Klaus</i>)	» 410
<i>Giuseppe Tesauero</i> , Diritto comunitario (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 831
<i>Tullio Treves</i> , Diritto internazionale. Problemi fondamentali (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 410
<i>Gabriella Venturini - Giuseppe Coscia - Michele Vellano</i> (a cu- ra di), Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istitu- zione (<i>Elisabetta Bergamini</i>)	» 834
Libri ricevuti nell'anno 2004	» 203

ARTICOLI

LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI ED IL LIMITE DELL'ORDINE PUBBLICO NELLA NUOVA DIRETTIVA N. 2004/38

Sommario: *Introduzione - A. La normativa in materia di diritto di soggiorno - A.1 Le fonti normative del diritto alla libera circolazione delle persone - A.2 Principi interpretativi della normativa: i principi di proporzionalità e di parità di trattamento - A.3 I diritti - A.3.1 L'accesso all'impiego - A.3.2 Esercizio dell'impiego e parità di trattamento - A.3.3 Il diritto di soggiorno - A.4 I soggetti destinatari - A.4.1 Il cittadino dell'Unione - A.4.2 Il lavoratore - A.4.3 I familiari - B. Le limitazioni alla libera circolazione - B.1 L'esclusione degli impieghi nella Pubblica Amministrazione - B.2 L'eccezione di ordine pubblico - B.2.1 La disciplina dell'eccezione di ordine pubblico - B.2.2 I principi di proporzionalità e parità di trattamento nell'interpretazione dell'eccezione di ordine pubblico - Conclusione.*

Introduzione

Uno spazio comune europeo che faccia circolare liberamente al suo interno merci, persone, servizi e capitali è stato l'obiettivo prioritario che i fondatori della Comunità si sono posti e che cercano di conseguire nella sua massima estensione: i vantaggi di quest'area, se totalmente integrata, sarebbero enormi in termini politici, economici e culturali. Tale obiettivo è oggi ancora più di attualità con l'ingresso di dieci nuovi Stati dell'Europa Orientale che, parte integrante del Vecchio Continente, per troppo tempo non ne hanno condiviso i destini. Fra le quattro libertà fondamentali, la libertà di circolazione dei lavoratori è essenziale per assicurare la mobilità della manodopera, che è garanzia di progresso economico e sociale, perché assicura una migliore allocazione delle risorse e favorisce l'integrazione fra i diversi popoli.

A. La normativa in materia di diritto di soggiorno

A.1 *Le fonti normative del diritto alla libera circolazione delle persone*

Il Trattato consolidato della Comunità europea, all'art. 3, prevede «l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone»¹. Tale norma è il precetto basilare che fa della libera circolazione delle persone uno degli obbiettivi fondamentali dell'Unione europea. La norma esprime il principio che all'interno della Comunità non vi può essere un vero spazio di libero scambio se non è data la possibilità a tutte le persone di circolare liberamente e di rispondere ad offerte di lavoro.

Proprio per facilitare al massimo il rispetto di tale principio il diritto comunitario ha sempre interpretato il concetto di libera circolazione in senso estensivo: il Trattato CEE connotava essenzialmente tale libertà in chiave economica, mentre il Trattato consolidato amplia tale accezione e nella libera circolazione delle persone individua un vero e proprio diritto di tutti i cittadini dell'Unione².

L'art. 17 del Trattato istituisce la cittadinanza dell'Unione, stabilendo che «é cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato mem-

¹ Sulla materia, in generale, cfr. F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement of persons within the European Community*, The Hague, Kluwer, 2002; F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2001, p. 51; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 51; L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 78; G. P. ORSELLO, *Il diritto dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1999, p. 353; V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1994, p. 407; T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1994, p. 337; L. LEVI SANDRI, *Commento agli artt. 48-51*, in R. QUADRI - R. MONACO - A. TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 379. Inoltre v. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'Unione politica dell'Europa*, Relazione al convegno «Société civile organisée et gouvernance européenne», in questa Rivista, 2001, p. 651; P. PESCATORE, *La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux - enquête sur un problème virtuel*, RMCUE, 2003, p. 151; N. NIC SHUIBHNE, *Free movement of persons and the wholly internal rule: time to come on ?*, CMLR, 2002, p. 731, contributo particolarmente interessante sulle discriminazioni "all'inverso", ovvero le possibili penalizzazioni che uno Stato membro può commettere a danno dei propri cittadini; H. CHAVRIER - L. TRUCHOT - E. COULON - G. LORIOU, *Le droit matériel : janvier 1997 - décembre 1998. Deuxième partie: la libre circulation des personnes et des services*, RMCUE, 2000, p. 117; R. CARANTA, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 21; L. DANIELE, *Non discriminatory restrictions to the free movement of persons*, in *ELRev.*, 1997, p. 191; L. S. ROSSI, *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 97; D. O'KEEFFE, *The free movement of persons and the single market*, in *ELRev.*, 1992, p. 3 (più incentrato sulla circolazione dei cittadini di Stati terzi all'interno della Comunità); A. LYON-CAEN, *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté Economique Européenne*, in *Dr. soc.*, 1989, p. 526; A. BARAV, *La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir souverain des Etats membres*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p. 721.

² G. TESAURO, *Diritto comunitario*, loc. cit., p. 408, testualmente: «le disposizioni del Trattato e di diritto derivato perseguono dunque l'obiettivo di facilitare ai cittadini comunitari l'esercizio di attività economiche nell'intero territorio comunitario». L. DANIELE, *Non discriminatory*, loc. cit., p. 191 dice: «(...) the Court of Justice has always considered free movement as a basic principle of the Community legal order».

bro». La previsione, inoltre, dell'art. 18 – secondo cui «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente Trattato ed adottate in applicazione dello stesso» – è stata valutata in dottrina come il segno sicuro del «superamento della concezione mercantilistica del diritto di circolazione» e del «passaggio dalla considerazione del lavoratore al cittadino comunitario»³.

Corollario degli artt. 17 e 18 è l'art. 39 del Trattato, che assicura, al par. 1, la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, e, al par. 2, abolisce qualsiasi discriminazione, in base alla nazionalità, relativa all'impiego, alla retribuzione e alle altre condizioni di lavoro tra i lavoratori degli Stati membri. Il successivo par. 3 disciplina i diritti dei cittadini della Comunità europea, che possono:

- a. rispondere ad offerte di lavoro effettive;
- b. spostarsi liberamente nel territorio degli Stati membri al fine di rispondere a dette offerte di lavoro;
- c. prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi l'attività di lavoro;
- d. rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego.

Le suddette disposizioni impongono agli Stati membri obblighi precisi, senza alcuna possibilità di discrezionalità attuativa, come conferma l'interpretazione di un'univoca giurisprudenza, per la quale quelli attribuiti dall'art. 39 sono diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare⁴.

L'art. 39 del Trattato prende in considerazione l'insieme del rapporto di lavoro, in tutte le sue differenti fasi dall'inizio alla cessazione, mentre allo stesso modo ampio è il suo ambito territoriale: sono tutelati non solo i rapporti sorti sul territorio comunitario, ma anche quelli che, pur al di fuori di tale ambito, ivi producono effetti, purché il nesso fra territorio ed effetti giuridici sia abbastanza stretto.

Anche la Corte di giustizia ha svolto un ruolo di rilievo in questa direzione, ampliando progressivamente, in via interpretativa, la nozione di libera cir-

³ V rispettivamente G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 1, p. 411, e V. GUIZZI, *Manuale di diritto*, cit. supra, nota 1, p. 407; anche L. S. ROSSI, *I beneficiari*, cit. supra, nota 1, p. 112 parla di «superamento della limitazione della libera circolazione ai cittadini economicamente autosufficienti, (...), e di passaggio, (...), alla cittadinanza dell'Unione».

⁴ V. sentenze della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, in *Raccolta*, 1974, p. 1337, punto 4 della motivazione, dell'8 aprile 1976 in causa n. 48/75, *Royer*, in *Raccolta*, 1976, p. 497, punti 23-24 e 31 della motivazione, e del 5 febbraio 1991 in causa n. C-363/89, *Roux*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 273, punti 50-51 della motivazione.

colazione, la sfera dei titolari del relativo diritto ed il medesimo concetto di attività lavorativa⁵.

Le previsioni del Trattato sono state, inoltre, ulteriormente definite dalla normazione di secondo grado, di modo che, allo stato, non sussiste più alcun dubbio sull'effettività della tutela dei cittadini e dei lavoratori comunitari. I principi generali degli artt. 3, 17, 18 e 39 del Trattato consolidato sono specificati dal regolamento n. 1612 del 1968⁶ e dall'ultima direttiva n. 2004/38 del 29 aprile 2004⁷, che ha creato un unico riferimento, abrogando molta della normazione precedente (n. 64/221, n. 68/360, n. 72/194, n. 73/148, n. 75/34, n. 75/35, n. 90/364, n. 90/365 e n. 93/96, ed artt. 10 e 11 del suddetto regolamento), e venendo così a costituire la disciplina base della materia.

A.2 Principi interpretativi della normativa: i principi di proporzionalità e di parità di trattamento

Ai principi di proporzionalità e di parità di trattamento (o di non-discriminazione) fra i cittadini dell'Unione europea si uniforma l'intera normativa sulla libera circolazione; obiettivo di tali principi è quello di assicurare a tutti i cittadini dell'Unione condizioni paritetiche, in tutti gli Stati membri, nella ricerca e nell'esercizio di un lavoro. Fin dalla sua creazione la Comunità ha operato sempre in tale proiezione, abolendo progressivamente fra i lavoratori subordinati ogni distinzione sia di *status* lavorativo che di misure di tutela sociale (situazione dei familiari, assistenza sociale ed altro).

Il principio di proporzionalità rientra tra quelli generali del diritto comunitario ed è stato trasfuso nella norma, di primaria importanza, dell'art. 5, 3° comma, del Trattato. Esso è stato oggetto di diverse pronunce della Corte, che ne ha stabilito i canoni dell'esatta interpretazione in rapporto all'esigenza che le misure imposte dalla normativa comunitaria debbono concorrere a realizzare l'obiettivo proposto senza porre agli Stati obblighi eccessivamente penalizzanti⁸. Questa condizione va integrata con la considerazione che, qualora vi

⁵ V. in giurisprudenza: sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991 in causa n. C-292/89, *Antoniessen*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 745, punto 11 della motivazione, e del 20 febbraio 1997 in causa n. C-344/95, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1035, punto 14 della motivazione.

⁶ In *Guce* n. L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2.

⁷ In *Gu-Ue* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77.

⁸ V. sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 1985 in causa n. 181/84, *Man (Sugar) c. IBAP*, in *Raccolta*, 1985, p. 2889, punto 20 della motivazione, e sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 1998 in causa n. C-161/96, *Südzucker Mannheim Ochsenfurt c. Hauptzollamt Mannheim*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 281, punto 31 della motivazione: in tale sentenza la Corte ha infatti sanzionato una norma proprio in ragione del suo eccessivo rigore rispetto al risultato da raggiungere. V. altresì la sentenza della Corte del 18 settembre 1986 in causa n. 116/82, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1986, p. 2519, punto 21 della motivazione, e, in precedenza, la sentenza del 1° ottobre 1985 in causa n. 125/83, *OBEA c. Corman*, in *Raccolta*, 1985, p. 3039, punto 36 della motivazione.

sia una scelta fra diverse misure tutte appropriate, bisogna fare ricorso, anzitutto, alla misura meno onerosa per gli Stati, e vigilare perché gli obblighi imposti agli Stati non siano eccessivamente gravosi in rapporto agli obiettivi da perseguire⁹. Nelle situazioni in cui le Istituzioni comunitarie dispongono di un ampio potere discrezionale, solo il carattere manifestamente sproporzionato di una misura, in rapporto all'obiettivo da conseguire, può determinarne l'illegittimità. Più nello specifico, quando, per adottare una regolamentazione, il legislatore comunitario deve considerare gli effetti futuri della norma emananda, e tali effetti non possono essere con esattezza previsti, l'apprezzamento non può essere censurato se non manifestamente erroneo, alla luce degli elementi presenti al momento dell'adozione della norma¹⁰.

Il principio di non-discriminazione, espresso nell'art. 12, comma 1°, riveste anch'esso carattere generale. Esso impone la completa parità di trattamento dei cittadini dell'Unione (e, più in generale, di tutti i soggetti che si trovano in una situazione disciplinata dal diritto comunitario) e comporta che debbano essere sanzionate tutte le discriminazioni effettuate in base alla nazionalità.

Per il diritto comunitario vi è discriminazione laddove situazioni simili, o quantomeno comparabili, sono trattate in maniera differente, e le discriminazioni sono colpite in tutte le loro forme, sia quelle dirette che quelle indirette o dissimulate. L'unico correttivo, che la Corte nelle sue molteplici decisioni sul punto ammette, è che situazioni simili possono essere trattate in maniera differente quando la difformità è giustificata¹¹.

Altro motivo di violazione del principio di parità di trattamento potrebbe derivare dagli effetti di un atto d'armonizzazione negli Stati membri, potenzialmente diversi da Stato a Stato. Tuttavia, la stessa Corte ha specificato che ciò non costituisce violazione del principio quando l'atto di armonizzazione si applica a tutti gli Stati in maniera analoga¹². Nella libera circolazione dei la-

⁹ V. sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1989 in causa n. 265/87, *Schröder*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237, punti 21-22 della motivazione e in questa *Rivista*, 1991, p. 59 con commento di M. LUGATO, *Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 67 ss.; più di recente sentenza del Tribunale di primo grado del 5 giugno 1996 in causa n. T-162/94, *NMB e. a.*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 427, punti 69-73 della motivazione e sentenza della Corte del 26 giugno 1990 in causa n. 8/89, *Zardi*, in *Raccolta*, 1989, p. 2515, punti 10-11 della motivazione nonché sentenza del Tribunale di primo grado del 16 dicembre 1999 in causa n. T-158/96, *Acciaierie di Bolzano*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 7235, punti 95-98 della motivazione.

¹⁰ V. sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1998 in causa n. C-150/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7235, punti 87-91 della motivazione.

¹¹ V. sentenze della Corte di giustizia del 25 novembre 1986 in cause riunite n. 201 e 202/85, *Klensch*, in *Raccolta*, 1986, p. 3477, punti 8 e 9 della motivazione e del 12 marzo 1987 in causa n. 215/85, *BALM*, in *Raccolta*, p. 1279, punto 27 della motivazione; sentenze del Tribunale di primo grado del 15 marzo 1994 in causa n. T-100/92, *La Pietra*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 275, punto 50 della motivazione e del 4 marzo 1998 in causa n. T-146/98, *De Abreu*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 281, punto 53 della motivazione.

¹² V. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa n. 331/88, *FEDESA e. a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4023, al punto 20 della motivazione.

voratori il principio di parità di trattamento assume carattere assolutamente basilare: già il Trattato, all'art. 39, par. 2, parla esplicitamente della non-discriminazione come del principio ispiratore della materia, e la stessa normazione secondaria fornisce numerose applicazioni concrete di tale principio, che saranno di volta in volta esaminate.

A.3 I diritti

La libera circolazione e i diritti derivati sono stati progressivamente affermati dal Trattato e dalla legislazione comunitaria, attraverso tre fasi, seguendo la liberalizzazione e l'estensione del principio, il che ha portato, attraverso i regolamenti n. 15 del 1961 e n. 38 del 1964¹³, all'emanazione del citato regolamento n. 1612 del 1968, che sancisce la piena libertà di circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, e della direttiva di riordino n. 38/2004. Questi passaggi hanno portato la nozione di mercato del lavoro da quella di più mercati degli Stati membri, segmentati e con varie difficoltà di accesso, ad una nozione comunitaria, che consente l'accesso al lavoro ai cittadini di tutta l'Unione in ogni singolo Stato membro, ed a tale nozione è allo stato improntata la disciplina di tutta la materia.

L'art. 39 del Trattato, il regolamento n. 1612/68 e la direttiva n. 38/2004 disciplinano i diritti dei cittadini (prima del rapporto di impiego) e dei lavoratori (in costanza e dopo la cessazione del rapporto di impiego) con riferimento a tutti gli aspetti del rapporto di lavoro: accesso all'impiego (v. *infra*, par. A.3.1), esercizio dell'impiego (v. *infra*, par. A.3.2), diritto di soggiorno (v. *infra*, par. A.3.3); dette norme individuano anche i soggetti beneficiari dei diritti (v. *infra*, par. A.4.1, A.4.2 ed A.4.3). La direttiva ha riordinato la materia ed ha in gran parte attutito quello che per alcuni Paesi era un vero e proprio *punctum dolens*, ovvero la possibilità di procedere ad allontanamenti coattivi dal territorio di cittadini stranieri.

A.3.1 L'accesso all'impiego

L'accesso all'impiego è disciplinato dal titolo I del regolamento (artt. 1-6). L'art. 1 enuncia il diritto di ogni cittadino di uno Stato membro, qualunque sia il suo luogo di residenza, di «accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato membro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano l'occupazione

¹³ Rispettivamente in *Guce* n. 57 del 26 agosto 1961, p. 1073 e *Guce* n. 62 del 17 aprile 1964, p. 965.

dei lavoratori nazionali di detto Stato», godendo «sul territorio di un altro Stato membro, della stessa precedenza riservata ai cittadini di detto Stato, per l'accesso agli impieghi disponibili».

L'art. 2 del regolamento enuncia il diritto di «ogni cittadino di uno Stato membro e di ogni datore di lavoro che esercita un'attività sul territorio di uno Stato membro» a «scambiare le loro domande e offerte d'impiego, concludere contratti di lavoro e darvi esecuzione, conformemente alle vigenti disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, senza che possano risulterne discriminazioni». Il combinato disposto dei due articoli fa sorgere in capo ai cittadini comunitari il diritto di cercare e di accettare proposte di lavoro in tutta la Comunità, nel rispetto del principio di parità di trattamento, che in questo art. 1 del regolamento trova una delle sue più puntuali applicazioni.

Gli articoli da 3 a 6 del regolamento costituiscono altre applicazioni, ancor più concrete, del principio di non-discriminazione, ed è stato giustamente rilevato che detti articoli acquistano significato sanzionatorio delle procedure amministrative nazionali di avviamento al lavoro a contenuto discriminatorio¹⁴.

L'art. 3, 1° comma, infatti, rende inapplicabili «le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o le pratiche amministrative di uno Stato membro:

- che limitano o subordinano a condizioni non previste per i nazionali la domanda e l'offerta d'impiego, l'accesso all'impiego ed il suo esercizio da parte degli stranieri;

- o che, sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno per scopo o effetto esclusivo o principale di escludere i cittadini degli altri Stati membri dall'impiego offerto».

Il secondo comma della norma elenca (in modo non esaustivo) varie forme di disposizioni di cui al comma precedente, fra le quali «quelle che, in uno Stato membro:

- a.* rendono obbligatorio il ricorso a procedure di reclutamento di manodopera speciali per gli stranieri;

- b.* limitano o subordinano, a condizioni diverse da quelle applicabili ai datori di lavoro che esercitano la loro attività sul territorio di detto Stato, l'offerta di impiego per mezzo della stampa o con qualunque altro mezzo;

- c.* subordinano l'accesso all'impiego a condizioni d'iscrizione agli uffici di collocamento, od ostacolano il reclutamento nominativo di lavoratori, quando si tratta di persone che non risiedono sul territorio di detto Stato».

Lo scopo della norma è di eliminare tutte le possibili cause di discriminazione su base nazionale che possono essere poste sia amministrativamente, da parte degli Stati membri, o direttamente dai datori di lavoro, nell'ambito della disciplina privatistica del rapporto. Benché in questo secondo ambito il regola-

¹⁴ In F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 1, p. 95 ss.

mento non specifici i comportamenti discriminatori vietati, esso in generale sancisce, all'art. 7 comma 4, la nullità di diritto di «tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, (...) nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri».

Alla previsione di nullità delle suddette disposizioni fanno eccezione le condizioni relative alle conoscenze linguistiche in relazione all'impiego offerto: anche la Corte di giustizia ha confermato che la mancata conoscenza della lingua può costituire motivo sufficiente a giustificare possibili limitazioni in materia di libera circolazione¹⁵.

Gli artt. 4, 5 e 6 del regolamento ribadiscono il principio di parità di trattamento: l'art. 4 rende inapplicabili ai cittadini di altri Stati membri le «disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che limitano, per impresa, per ramo di attività, per regioni o su scala nazionale, il numero o la percentuale degli stranieri occupati», nonché parifica i cittadini comunitari ai lavoratori nazionali nel caso in cui una normativa nazionale subordini «l'attribuzione di qualsiasi vantaggio a talune imprese (...) all'impiego di una percentuale minima di lavoratori nazionali»; l'art. 5 parifica i cittadini comunitari ai propri cittadini nella ricerca di un impiego sul territorio di un altro Stato membro; l'art. 6 specifica ulteriormente la precedente norma in caso di «criteri medici, professionali o altri, discriminatori a motivo della cittadinanza rispetto a quelli applicati ai cittadini dell'altro Stato membro che intendono esercitare la stessa attività».

A.3.2 Esercizio dell'impiego e parità di trattamento

Il titolo II del regolamento (artt. 7-12) disciplina esplicitamente la non-discriminazione fra lavoratori dello Stato e lavoratori stranieri nel contesto dell'esercizio dell'impiego, ove la necessità di equiparazione è più avvertita. La parità di trattamento è statuita: dall'art. 7 in materia di condizioni di impiego e di lavoro, di vantaggi sociali e fiscali e dell'insegnamento delle scuole professionali; dall'art. 8 in materia sindacale; dall'art. 9 in tema di diritti e vantaggi di alloggio. Gli artt. 10 e 11 sono stati sostituiti dalla direttiva n. 2004/38, ed il loro contenuto è trattato *infra*, al par A.3.3, in tema di diritto al soggiorno, mentre l'art. 12, che riguarda il diritto dei familiari a frequentare corsi di formazione professionale, è trattato nel paragrafo successivo.

¹⁵ V. sentenza del 28 novembre 1989 in causa n. 379/87, *Groener*, in *Raccolta*, 1989, p. 3967 e massimata in questa *Rivista*, 1990, p. 57 ss., laddove la Corte ha riconosciuto legittimo per il diritto comunitario il requisito di sufficiente conoscenza della lingua gaelica; cfr. in special modo il punto 24 della motivazione.

L'art. 7, par. 1 del regolamento stabilisce che «il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato». Tale previsione ha un ambito di ampia applicabilità, poiché comprende tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, relativi allo svolgimento ed alla sua cessazione, e riguarda le discriminazioni sia dirette che indirette¹⁶. La Corte, relativamente allo svolgimento del rapporto di lavoro, ha statuito che il regolamento contempla sia le condizioni facoltative che quelle obbligatorie del contratto, precisando, nella stessa controversia, che le eventuali indennità aggiuntive rispetto alla retribuzione si devono qualificare come «condizioni di lavoro» ai sensi dell'art. 7, par. 1¹⁷. In altra causa la Corte ha ritenuto che i lavoratori, che hanno effettuato il loro servizio militare in un altro Stato membro, debbano godere, nel corso del contratto di lavoro, degli stessi vantaggi destinati ai lavoratori nazionali¹⁸, ed ha altresì imposto agli Stati di considerare anche l'esperienza acquisita all'estero ai fini di una promozione per anzianità¹⁹.

Relativamente alla cessazione del rapporto di lavoro, i giudici di Lussemburgo hanno affermato la completa equiparazione dei lavoratori stranieri a quelli statuali, decidendo, nel caso concreto, che la speciale tutela contro il licenziamento, eventualmente concessa da uno Stato membro per motivi di carattere sociale, va applicata a tutte le categorie di lavoratori²⁰.

L'art. 7, par. 2 del regolamento sancisce che il lavoratore «gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali», che sono vantaggi connessi al contratto di lavoro ma esterni ad esso, «collegati alla stessa posizione di lavoratore subordinato»²¹. Anche la Corte ha chiarito, in molte sue pronunce, il concetto di vantaggio sociale, statuendo che lo sono «tutti quelli che, (...), sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in relazione, principalmente, alla loro qualifica obiettiva di lavoratori o al semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale, e la cui estensione ai lavoratori

¹⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 1974 in causa n. 152/73, *Sotgiu*, in *Raccolta*, 1974, p. 153, punto 11 della motivazione.

¹⁷ Sentenza *Sotgiu*, *loc. cit.*, punto 7 della motivazione.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 1969 in causa n. 15/69, *Ugliola*, in *Raccolta*, 1969, p. 363.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1998 in causa n. 15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 47.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1972 in causa n. 44/72, *Marsman*, in *Raccolta*, 1972, p. 1243.

²¹ Letteralmente in F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 1, p. 105.

cittadini di altri Stati membri appare pertanto atta a facilitare la loro mobilità all'interno della Comunità»²².

La norma è stata estensivamente interpretata: la Corte ha ammesso che non solo il lavoratore, ma anche i suoi familiari possono usufruire di vantaggi sociali, pur se solo in maniera indiretta, se ciò costituisce un vantaggio per il lavoratore²³.

In particolare ha sostenuto che il sussidio al lavoratore straniero per il familiare handicappato, che non abbia mai lavorato, debba essere considerato un vantaggio sociale, poiché va a favore del lavoratore e si traduce, in definitiva, in un'applicazione del principio della parità di trattamento²⁴. La Corte ha, altresì, riconosciuto che il finanziamento degli studi da parte di uno Stato membro ai figli di lavoratori di altro Stato costituisce un vantaggio sociale, a condizione che il figlio sia a carico del genitore e che sussista parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro²⁵; ha pure deciso che il figlio a carico di un lavoratore che risiede nel Paese di cui è cittadino ma lavora in uno Stato terzo debba avere accesso, a parità di condizioni, ai finanziamenti per l'istruzione secondaria dello Stato ove il familiare svolge la propria attività lavorativa, anche se questi non ha cambiato la propria residenza²⁶. In altra pronuncia, la Corte ha ritenuto che fosse discriminatoria una normativa nazionale che impone ai familiari (in quel caso si trattava della vedova) un tempo minimo di residenza nello Stato al fine di usufruire dell'assegno speciale di vecchiaia per reddito inadeguato²⁷.

Anche i vantaggi a carattere non finanziario sono stati inclusi nella categoria del vantaggio sociale: la Corte ha ricompreso nella nozione vantaggi quali il diritto a poter usare la propria lingua nei procedimenti giudiziari alle stesse condizioni garantite ai propri cittadini²⁸, aprendo con tale pronuncia un "fronte" che, sebbene non sembri aver avuto per adesso altre applicazioni, è sicuramente foriero di progressivi ampliamenti della libertà di circolazione dei lavoratori.

²² V., *inter alia*, sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1985 in causa n. 249/83, *Ho-eckx*, in *Raccolta*, 1985, p. 973, punto 20 della motivazione.

²³ V., *inter alia*, sentenza del 18 giugno 1987 in causa n. 316/85, *Lebon*, in *Raccolta*, 1987, p. 2811, punto 12 della motivazione.

²⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976 in causa n. 63/76, *Inzirillo*, in *Raccolta*, 1976, p. 2057, punti 21-22 della motivazione.

²⁵ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1992 in causa n. C-3/90, *Bernini*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1071.

²⁶ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 1999 in causa n. C-337/97, *Meeusen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3289 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 777 ss.

²⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 1985 in causa n. 157/84, *Frascoigna*, in *Raccolta*, 1985, p. 1739.

²⁸ V. sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1985 in causa n. 137/84, *Mutsch*, in *Raccolta*, 1985, p. 2691.

Parallelamente la Corte ha tenuto a precisare i limiti interpretativi dell'art. 7, par. 2. Essa ha infatti previsto che lo *status* di lavoratore è determinante per l'applicazione della parità di trattamento per i vantaggi sociali, e, di conseguenza, che i vantaggi connessi ad altra qualifica non ricadono sotto la previsione dell'art. 7, par. 2²⁹. Altro limite è quello derivante dalla connessione del vantaggio sociale al lavoratore, ove tali vantaggi siano reclamati dai familiari: la Corte ha statuito che l'art. 7, par. 2 è inapplicabile se i vantaggi da esso previsti sono reclamati da un familiare come diritti "propri", e non connessi alla posizione del lavoratore³⁰. Altresì esclusi dai vantaggi sociali ex art. 7, par. 2 sono i familiari dei lavoratori non più a carico dei genitori, proprio in virtù del fatto che l'erogazione di una prestazione sociale non andrebbe più a vantaggio del lavoratore, ma del suo familiare³¹.

Per i vantaggi fiscali la Corte ha ammesso discriminazioni indirette, ove obbiettivamente giustificate dal motivo di preservare la coerenza del sistema fiscale e l'effettività del sistema di supervisione fiscale, ovvero qualora le situazioni fra lavoratori nazionali e di altro Stato membro non siano comparabili³².

L'art. 7, par. 3 riguarda la possibilità di frequentare corsi di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato ospitante. In tale materia la Corte si è pronunciata nel senso che occorra tenere in debito conto la preoccupazione degli Stati membri che la frequenza a tali corsi da parte di cittadini di Stati terzi possa costituire un onere eccessivo per le finanze³³. Talvolta la Corte non ha, infatti, riconosciuto tale diritto, quando a fruirne sarebbe stato un cittadino di altro Stato membro entrato in un rapporto di lavoro al fine di iniziare, in seguito, studi nello Stato ospitante nello stesso settore professionale, e che non sarebbe stato assunto dal datore di lavoro se non fosse già stato ammesso all'università³⁴, e quando il lavoro del cittadino

²⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 1979 in causa n. 207/78, *Even*, in *Raccolta*, 1979, p. 2109. La stessa Corte in altra sua decisione ha dato, tuttavia, un'interpretazione che sembra contraddire la sentenza *Even*: nella pronuncia del 14 gennaio 1982 in causa n. 65/81, *Reina*, in *Raccolta*, 1982, p. 33, ha considerato un mutuo concesso da una banca tedesca al fine di incrementare il tasso di natalità dei cittadini tedeschi come un vantaggio sociale, ed in quanto tale da estendere a tutti i cittadini comunitari, benché la finalità della misura fosse indiscutibilmente legata non al contratto di lavoro, ma alla politica demografica dello Stato tedesco. Anche in dottrina l'impostazione della Corte, in questo caso concreto, è stata criticata: v. F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement*, cit. *supra*, nota 1, p. 57-58.

³⁰ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1992 in causa n. C-243/91, *Taghavi*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4401.

³¹ V. sentenza *Lebon*, cit. *supra*, nota 23, punto 14 della motivazione.

³² V. sentenze della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992 in causa n. C-204/90, *Bachmann*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 249, e del 15 maggio 1997 in causa n. C-250/95, *Futura*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2471 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 175 ss.

³³ V. F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement*, cit. *supra*, nota 1, p. 69.

³⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1988 in causa n. 197/86, *Brown*, in *Raccolta*, 1988, p. 3205.

comunitario è irregolare e saltuario, e non costituisce che un'attività marginale ed ancillare³⁵.

L'art. 7, par. 4 valuta nulle di diritto le clausole di accordi di lavoro, collettivi od individuali, discriminatorie in materia di accesso all'impiego, impiego, retribuzione e di altre condizioni di lavoro e di licenziamento³⁶.

Per l'art. 8 del regolamento il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro gode della parità di trattamento per quanto riguarda l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali, ivi compreso il diritto di voto; la Corte ha esteso tale diritto anche alle altre associazioni che abbiano funzioni simili di tutela dei diritti dei lavoratori³⁷.

Carattere particolare assume il par. 2 dell'art. 8, che introduce una deroga al principio di libera circolazione dei lavoratori, statuendo che il cittadino straniero «può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico, e dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico»; tale eccezione è parallela a quella prevista dall'art. 39, comma 4, del Trattato (v. *infra*, par. B.1), e ne ha le medesime motivazioni. Tuttavia l'eccezione regolamentare ha una portata più limitata, poiché si applica solo ai rapporti di lavoro già sorti; inoltre, la deroga non opera automaticamente, ma solo in presenza di una normativa nazionale che la prevede: il 2° comma dell'art. 8, par. 1 fa salve le disposizioni nazionali più favorevoli ai lavoratori.

L'art. 9, infine, accorda al lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro tutti i diritti ed i vantaggi accordati ai lavoratori nazionali per quanto riguarda l'alloggio, ivi compreso l'accesso alla proprietà.

A.3.3 Il diritto di soggiorno

Corollario necessario ai diritti appena enunciati è il diritto di soggiorno, che ha carattere complementare e necessario all'accesso all'impiego, poiché il lavoratore non potrebbe ricercare un'occupazione se non muovendosi nel territorio comunitario³⁸. Tale diritto è disciplinato dai capi III e IV della direttiva n. 2004/38, che ha abolito gli artt. 10 e 11 del regolamento n. 1612/68 e la di-

³⁵ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1992 in causa n. C-357/89, *Raulin*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1027. È comunque molto difficile fissare il discrimine fra mansioni marginali, tali da poter essere neglette, e mansioni che, pur non completamente assorbenti, devono comunque essere prese in considerazione: v. sentenza, *Bernini*, *cit. supra*, nota 25.

³⁶ V. la sentenza *Schöning-Kougebetopoulou*, *cit. supra*, nota 19.

³⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 1991 in causa n. C-213/90, *ASTI*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3507.

³⁸ V. F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 1, p. 138-139.

rettiva n. 68/360: essa accorda il diritto di soggiorno in tutta l'Unione ai cittadini ed ai loro familiari a condizione che essi dispongano di una carta d'identità o di un passaporto validi (art. 6). Qualora il soggiorno si protragga per un periodo superiore a tre mesi, il cittadino deve essere un lavoratore subordinato o disporre, per sé e per i suoi familiari, di un'assicurazione malattia e di risorse economiche sufficienti per evitare che durante il soggiorno essi vengano a costituire un onere per lo Stato ospitante (art. 7³⁹); i requisiti suddetti sono aggiuntivi rispetto a quanto stabilito dalla direttiva n. 68/360, che non subordinava il soggiorno nel territorio di uno Stato membro al possesso di risorse economiche proprie: in questo senso la direttiva n. 38/2004 risulta essere più restrittiva della precedente regolamentazione. In relazione all'obbligo di disporre di un'assicurazione sociale, gli Stati membri non possono subordinare il diritto al soggiorno alla preventiva iscrizione del cittadino al regime previdenziale dello Stato ospitante, né all'iscrizione ad un particolare regime assistenziale piuttosto che ad un altro: tali misure, come stabilito dalla Corte, non possono giustificare il diniego del permesso di soggiorno né, a maggior ragione, l'adozione di un provvedimento di allontanamento⁴⁰. Ai sensi della nuova normativa il cittadino non ha più bisogno di un documento delle Autorità locali per soggiornare nel territorio di altro Stato membro: l'unico obbligo posto a suo carico è l'iscrizione presso tali Autorità, che rilasciano immediatamente un attestato di iscrizione e possono unicamente chiedergli di esibire una carta d'identità valida e di fornire le prove della sua indipendenza economica (art. 8).

La carta di soggiorno, il documento prima richiesto dalla direttiva n. 68/360 per il soggiorno in uno Stato membro, è adesso abolita dalla direttiva n. 38/2004, da questo angolo visuale più "liberale" rispetto alla precedente direttiva⁴¹. L'art. 22 della direttiva estende il diritto di soggiorno a tutto il territorio dello Stato ospitante, e prevede che le eventuali limitazioni all'interno di uno Stato membro debbano essere introdotte soltanto nei casi in cui esse siano previste anche per i cittadini dello Stato; in tale articolo il Consiglio ha recepito quanto statuito dalla Corte di Lussemburgo in una pregressa sua pro-

³⁹ Il comma 3 dell'art. 7 disciplina le ipotesi in cui il cittadino gode del diritto al soggiorno anche al di fuori della formulazione generale dei primi due commi.

⁴⁰ Così in sentenza *Roux*, *cit. supra*, nota 4, punto 18 della motivazione. Ne deriva che il diniego del permesso di soggiorno è illegittimo qualora legato all'inosservanza di disposizioni nazionali relative all'iscrizione ad un determinato regime previdenziale.

⁴¹ Il Consiglio ha tradotto in pratica quanto già tempo fa era stato detto dalla Corte, in presenza di altra situazione normativa, sulla scorta della giurisprudenza *Royer*, *cit. supra*, nota 4, punto 33 della motivazione: «Il rilascio (...) (del permesso) va quindi considerato (...) un atto destinato a comprovare, da parte di uno Stato membro, la posizione individuale del cittadino di un altro Stato membro nei confronti delle norme comunitarie». Si è rivelata anticipatrice quindi la dottrina di A. LYON-CAEN, *La libre circulation*, *cit. supra*, nota 1, p. 528: «Le titre de séjour, (...) n'a qu'une valeur déclarative: le droit lui préexiste».

nuncia⁴². Come già in precedenza ha opportunamente messo in rilievo la dottrina, a beneficiare del diritto alla libera circolazione non è tanto il lavoratore, ma chiunque sia in possesso dei requisiti stabiliti dalla direttiva, il che costituisce il segno evidente del superamento della nozione di libera circolazione delle persone in ambito comunitario improntata al solo criterio dell'aspetto economico⁴³.

I cittadini comunitari mantengono il diritto di soggiorno sempre che non diventino un onere eccessivo per l'assistenza sociale dello Stato ospitante (art. 14, comma 1); è da sottolineare che il concetto di "onere eccessivo" avrà bisogno di specificazione ulteriore da parte della Corte di giustizia, che ne dovrà stabilire i limiti interpretativi, per evitare che gli Stati membri, specialmente quelli che hanno uno sviluppato sistema di sicurezza sociale, abusino di tale clausola per limitare la libera circolazione dei lavoratori⁴⁴. Il semplice ricorso al sistema di sicurezza sociale non dà automaticamente luogo ad un provvedimento di allontanamento (art. 14, comma 3). Importante è che tale eventuale provvedimento sia corredato dalle garanzie procedurali esistenti per gli allontanamenti dovuti a ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica (art. 15 - v. *infra*, par B.2). L'art. 16 della direttiva estende ai cittadini dell'Unione ed ai loro familiari il diritto di soggiorno permanente nello Stato dopo che essi vi abbiano soggiornato per cinque anni, mentre l'art. 17 disciplina le ipotesi in cui tale termine può essere abbreviato, ovvero in caso di cessazione dell'attività lavorativa per pensione, pensionamento anticipato o per incapacità lavorativa permanente, oppure per soggiorno per più di tre anni in uno Stato, anche se svolgano in altro Stato membro la propria attività lavorativa.

I cittadini dell'Unione ed i loro familiari godono anche del cosiddetto «diritto a rimanere», ovvero continuare a risiedere stabilmente nello Stato dove il cittadino già svolgeva la propria attività lavorativa, anche dopo che ne ha cessato l'esercizio, a condizione che disponga di risorse economiche sufficienti. Il diritto è stato compreso nel Trattato consolidato all'art. 39, comma 3, lett. *d.*, ed è specificamente disciplinato dal regolamento n. 1251 del 1970⁴⁵, in base al cui art. 2 hanno diritto di rimanere a titolo permanente nel territorio di uno Stato membro sia i lavoratori che ivi cessano l'attività lavorativa, a seguito di raggiungimento dell'età della pensione di vecchiaia o di inabilità permanente al

⁴² V. sentenza del 26 novembre 2002 nella causa n. C-100/01, *Olazabal*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10981, commentata da L. TRIFONE, *L'ammissibilità di limiti parziali alla libera circolazione delle persone: la sentenza Olazabal*, in questa *Rivista*, 2003, p. 755, e F. CHALTIEL, *L'ordre public devant la Cour de Justice des Communautés européennes – à propos de l'arrêt Olazabal*, *RMCUE*, 2003, p. 120.

⁴³ V. L. DANIELE, *Il diritto materiale*, *cit. supra*, nota 1, p. 81.

⁴⁴ Tale concetto non è finora mai stato oggetto di pronuncia della Corte.

⁴⁵ In *Guce* n. L 142 del 30 giugno 1970, p. 24.

lavoro, sia i lavoratori transfrontalieri. Il cittadino che rimane sul territorio dello Stato in cui era occupato ha diritto, in base all'art. 7 del regolamento, a godere di tutti i vantaggi che spettano al lavoratore nazionale; l'art. 8 del regolamento fa comunque salve eventuali disposizioni nazionali degli Stati membri più favorevoli agli stranieri, forse tralasciando in tale circostanza il principio di parità di trattamento, ma rispettando la regola che vuole il diritto comunitario non applicabile alle situazioni puramente interne⁴⁶.

A.4 I soggetti destinatari

A.4.1 Il cittadino dell'Unione

La Corte di giustizia ha affermato che la normativa è applicabile a tutti i cittadini degli Stati membri. L'intera materia della libera circolazione delle persone indica come requisito necessario del diritto la cittadinanza dell'Unione; l'art. 39 del Trattato dice che destinatari dell'abolizione di qualsiasi discriminazione sono i «lavoratori degli Stati membri», con esplicito richiamo alla nazionalità. Anche la normazione secondaria al riguardo si applica esplicitamente solo ai cittadini comunitari: l'art. 1 del regolamento n. 1612/68 riserva solo a costoro il riconoscimento dei diritti di ingresso e di parità di trattamento, e così gli artt. 1, n. 1 e 2, n. 1 della direttiva n. 2004/38 rendono solo i cittadini degli Stati membri beneficiari della soppressione degli ostacoli all'esercizio di tale libertà. I cittadini extracomunitari godono della tutela della legislazione comunitaria solo in via funzionale, ovvero in quanto coniugi, *partner*, ascendenti diretti o indiretti dei cittadini dell'Unione.

Requisito necessario alla libera circolazione dei cittadini degli Stati membri è quindi il possesso della cittadinanza dell'Unione europea, concetto al quale si è pervenuto a seguito di un processo che, iniziato storicamente da un *memorandum* italo-belga, presentato al Vertice dei capi di Stato e di Governo del 1972, si è concluso con il Trattato di Maastricht, che agli artt. 8-8C ha introdotto la cittadinanza dell'Unione. Essa è disciplinata dall'art. 17, che, al suo par. 1, statuisce che chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro acquista anche la cittadinanza dell'Unione⁴⁷. La «Dichiarazione sulla cittadinanza di uno Stato membro», allegata all'Atto unico europeo del 1992, enuncia espressamente che la cittadinanza è definita soltanto in riferimento al diritto nazionale dello Stato membro interessato.

⁴⁶ V. in materia N. NIC SHUIBHNE, *Free movement*, cit. *supra*, nota 1.

⁴⁷ Interessante parallelo ha fatto L. S. ROSSI, *I beneficiari*, cit. *supra*, nota 1, p. 100, che ha efficacemente parlato di «libera pratica dei cittadini»; in dottrina v. anche F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement*, cit. *supra*, nota 1, p. 285. La «Dichiarazione sulla cittadinanza di uno Stato membro» è in *Guce* n. C 191 del 29 luglio 1992.

La cittadinanza europea non sostituisce quella nazionale, ma si aggiunge ad essa: benché sussuma la qualificazione data dal diritto nazionale dei Paesi membri, e sia quindi attribuita dai singoli Stati, essa conferisce ai cittadini dell'Unione i diritti e i doveri previsti dal diritto comunitario, con ciò integrando, all'occorrenza, le posizioni giuridiche conferite al singolo dai diversi ordinamenti degli Stati membri.

Anche la Corte ha confermato questa interpretazione, precisando che «la determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario»⁴⁸.

A.4.2 Il lavoratore

Benché, come in precedenza specificato, il principale beneficiario della libera circolazione delle persone sia il cittadino dell'Unione, particolare rilievo assume nella legislazione la figura del lavoratore subordinato. La relativa nozione non trova un fondamento giuridico unico: il Trattato parla del lavoratore in due articoli, l'art. 39 e l'art. 141. Il primo indica il lavoratore unicamente come destinatario della libera circolazione all'interno della Comunità e beneficiario, a questo scopo, dell'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, mentre l'art. 141 prevede la nozione di lavoratore in materia di politica sociale; entrambi gli articoli non ne definiscono altrimenti la figura. Anche la normazione secondaria si limita ad enunciare i diritti del lavoratore senza specificarne le caratteristiche.

Stante la mancanza di una precisa qualificazione normativa e non potendo giungere ad una figura omogenea di lavoratore subordinato, che implicherebbe un'armonizzazione delle legislazioni nazionali allo stato attuale molto difficile, la Corte di giustizia, al fine di allargare in via interpretativa la relativa definizione, ha statuito che la nozione di lavoratore ha significato comunitario, lasciando allo Stato membro la verifica della sussistenza del rapporto di lavoro⁴⁹, sicché per lavoratore subordinato beneficiario delle norme sulla libera circolazione delle persone deve intendersi il cittadino dell'Unione che svolge una prestazione lavorativa subordinata, retribuita in uno Stato diverso da quello di origine⁵⁰.

⁴⁸ V. la sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1992 in causa n. C-369/90, *Micheletti*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4239, punto 11 della motivazione.

⁴⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1964 in causa n. 75/63, *Unger*, in *Raccolta*, 1964, p. 351, punti 1 e 2 della motivazione.

⁵⁰ V. la sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 1982 in causa n. 53/81, *Levin*, in *Raccolta*, 1982, p. 1035, che al punto 6 della motivazione parla del lavoratore subordinato come di un

Importante ai fini dell'identificazione del lavoratore è precisare il concetto di prestazione lavorativa subordinata, questa pure non definita dal Trattato, ma ricavabile in via d'interpretazione giurisprudenziale. La Corte ha individuato un denominatore comune, intendendo così sottrarre in buona parte la nozione alle specificità degli ordinamenti nazionali. Ha, quindi, specificato che sussiste la prestazione lavorativa subordinata quando un soggetto fornisce, per un certo periodo di tempo, a favore e sotto la direzione di altri, prestazioni in contropartita delle quali percepisce un corrispettivo⁵¹.

La Corte, inoltre, per favorire la più ampia affermazione del principio della libera circolazione dei lavoratori⁵², ha ampliato il concetto di prestazione subordinata, sia dal punto di vista delle modalità e dei tempi dell'attività svolta dal lavoratore, che dal punto di vista della natura stessa della prestazione⁵³.

Sotto il primo aspetto la Corte ha incluso nel catalogo dei destinatari della libera circolazione i lavoratori potenziali, estendendo il diritto di soggiorno in tutta la Comunità a coloro che intendono cercare un lavoro⁵⁴ ed a coloro che seguono corsi di formazione professionale⁵⁵. I giudici di Lussemburgo hanno altresì specificato che la presenza di un legame familiare non esclude il vincolo di subordinazione⁵⁶, e che le attività commerciali di una comunità fondata su una religione o su una determinata concezione spirituale o filosofica della vita costituiscono attività economiche, per cui i membri di tali comunità godono della qualifica di lavoratori e del diritto alla libera circolazione⁵⁷.

«cittadino di uno Stato membro che eserciti un'attività lavorativa subordinata sul territorio di un altro Stato membro».

⁵¹ V. sentenza *Unger*, *cit. supra*, nota 49, punto 1 della motivazione; sentenza *Levin*, *cit. supra*, nota 50, punti 15, 16 e 17 della motivazione; sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1986 in causa n. 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Raccolta*, 1986, p. 2121, punti 16 e 17 della motivazione; sentenza *Antoniessen*, *cit. supra*, nota 5, punto 22 della motivazione; sentenza *Bernini*, *cit. supra*, nota 25, punto 17 della motivazione; sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998 in causa n. C-85/96, *Martinez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691, punto 32 della motivazione e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 628 ss.; sentenza *Meeusen*, *cit. supra*, nota 26.

⁵² V. sentenza *Unger*, *loc. cit.*, punto 1 della motivazione; oltre si statuisce anche che «la libertà di circolazione dei lavoratori la più ampia possibile rientra quindi tra i "fondamenti" della comunità (...); essa ha pertanto rilevanza determinante per l'interpretazione dei regolamenti emanati in conformità a detto articolo»; v. inoltre sentenza *Levin*, *loc. cit.*, punto 16 della motivazione. In dottrina v. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in questa *Rivista*, 1986, p. 587.

⁵³ Tale distinzione è ben tracciata in F. POCAR - F. VIARENGO, *Diritto comunitario cit. supra*, nota 1, p. 65-66.

⁵⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 1986 in causa n. 139/85, *Kempf*, in *Raccolta*, 1986, p. 1741, dal complesso della motivazione e comunque al suo punto 13; v. sentenza *Antoniessen*, *cit. supra*, nota 5, punto 22 della motivazione. Il presupposto dell'interpretazione della Corte è che un'interpretazione restrittiva comprometterebbe gli scopi economici e politici della libertà di circolazione delle persone.

⁵⁵ V. sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1985 in causa n. 293/83, *Gravier*, in *Raccolta*, 1985, p. 593, punto 26 della motivazione.

⁵⁶ V. sentenza *Meeusen*, *cit. supra*, nota 26, punto 17 della motivazione.

⁵⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre in causa 196/87, *Steymann*, in *Raccolta*, 1988, p. 159, punto 14 della motivazione.

La Corte di giustizia ha incluso nella nozione di lavoratore anche chi ha una retribuzione inferiore a quella considerata minima e svolge lavoro ad orario ridotto, con il solo limite che le norme si applicano solo a chi svolge attività reali ed effettive e non alla persona che esercita «attività talmente ridotte che si presentano come marginali ed accessorie»⁵⁸.

Dal punto di vista della natura della prestazione la Corte ha specificato che il settore di lavoro non incide sulla libera circolazione delle persone: i lavoratori della Comunità restano liberi di accedere ad un'attività subordinata nell'intero territorio comunitario. Anche nei settori cui, in un primo tempo, l'accesso era giuridicamente limitato a causa dell'estrema specificità delle mansioni espletate (il settore del carbone e dell'acciaio in virtù dell'art. 69 del Trattato CECA ed il settore nucleare in virtù dell'art. 96 del Trattato Euratom) la normazione secondaria ha operato una progressiva liberalizzazione, considerando i due articoli in questione solo come semplici eccezioni al principio della libera circolazione: l'art. 42 del regolamento n. 1612/68 ha certamente fatte salve le limitazioni alla libera circolazione «nella misura in cui la loro situazione giuridica non sia disciplinata dai Trattati», ma la formulazione della norma è tale da far ritenere le suddette previsioni come semplici eccezioni al generale principio della libera circolazione delle persone. La Corte ha ristretto le ipotesi di limitazione anche a settori nei quali più di altri, a causa della necessità di manodopera qualificata o di estrema specificità della prestazione da fornire, potevano sussistere, in concreto, ragionevoli dubbi sull'opportunità di applicare con ampiezza le norme sulla libera circolazione delle persone. In molteplici sentenze i giudici di Lussemburgo, in settori particolarmente sensibili come quelli dei trasporti e delle attività sportive, hanno negato la legittimità delle disposizioni statuali di limitazione dei contingenti riservati ai lavoratori non nazionali, allargando anche in questi settori la nozione di lavoratore e restringendo la possibilità di eccezioni⁵⁹.

Importante è la circostanza che il lavoratore deve svolgere il lavoro all'estero: poiché la *ratio* della normativa sulla libera circolazione dei lavoratori è quella di favorire al massimo la mobilità degli impieghi, garantendo a tutti i lavoratori la parità di trattamento, la libera circolazione delle persone intende tutelare i cittadini di altri Stati membri che si rechino a lavorare all'estero. Essa lascia al di fuori della sua regolamentazione i rapporti fra lo Stato ed i propri cittadini, tant'è che anche la Corte di giustizia ha enunciato il principio che le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle persone non possono essere applicate alle attività in cui tutti gli elementi siano circoscritti

⁵⁸ V. sentenza *Levin*, cit. *supra*, nota 50, punti 15, 16 e 17 della motivazione.

⁵⁹ V. *inter alia* sentenze della Corte di giustizia del 27 settembre 1989 in causa n. 9/88, *Lopes da Veiga*, in *Raccolta*, 1989, p. 3005 e del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 ss. con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.

all'interno di un unico Stato membro⁶⁰. Per tali motivi sussiste il problema delle discriminazioni al contrario a carico di cittadini del proprio Stato, che non è oggetto di questo contributo e meriterebbe adeguata trattazione a parte; in materia si può solo dire che, qualora un cittadino voglia far valere l'illegittimità di una normativa nazionale in contrasto con la legge comunitaria, potrà farlo attraverso ricorsi interni oppure sulla base del principio di uguaglianza⁶¹.

A.4.3 I familiari

Il diritto comunitario riconosce la libera circolazione, oltre che al cittadino, anche ai suoi familiari, ai quali estende i diritti riconosciuti dalla direttiva n. 2004/38. Tali diritti, ulteriori rispetto a quelli conferiti ai cittadini dell'Unione, sono attribuiti solo in via indiretta: la libertà di circolazione dei familiari è un aspetto dei diritti del lavoratore migrante, poiché costituirebbe ostacolo alla libera circolazione delle persone non permettere al lavoratore di farsi raggiungere dai propri familiari⁶².

La direttiva riprende la nozione di familiare disciplinata dal regolamento n. 1612/68, assieme alle ulteriori precisazioni in tema da parte della Corte di giustizia. Per l'art. 2 sono «familiari» il coniuge, il *partner* che abbia contratto un'unione registrata equiparata al matrimonio, gli ascendenti diretti, i discendenti diretti minori di 21 anni del cittadino comunitario e del coniuge o *partner*. La direttiva distingue fra i familiari cittadini dell'Unione, ai quali si applicano per ciò stesso le norme del diritto comunitario, ed i familiari cittadini di Paesi terzi, beneficiari delle norme della direttiva solo in quanto conviventi oppure a carico. Questi ultimi godono del diritto di uscita ex art. 4 della direttiva solo in quanto familiari del lavoratore subordinato in possesso della cittadinanza dell'Unione; godono del diritto di ingresso ex art. 5 in uno Stato membro solo con un visto d'ingresso; sono tenuti, all'ingresso in uno Stato membro, a presentare domanda per il rilascio di una carta di soggiorno, di validità quinquennale, rilascio peraltro non soggetto alla discrezionalità degli Stati ospitanti, potendo questi ultimi solo richiedere i documenti previsti dall'art. 10, ovvero un passaporto valido, il documento di prova della relazione familiare, l'attestato di iscrizione presso le Autorità del Paese ospitante.

⁶⁰ V., *inter alia*, sentenze della Corte di giustizia del 28 gennaio 1990 in causa n. C-332/90, *Steen*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 341, punto 13 della motivazione e del 16 febbraio 1995 in cause riunite da n. C-29/94 a n. 35/94, *Aubertin e altri*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 301, punto 9 della motivazione.

⁶¹ In dottrina v. N. NIC SHUIBHNE, *Free movement*, *cit. supra*, nota 1, e G. TESAURO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 1, p. 420. Discriminazioni *à l'envers* si sono verificate nella sentenza *Steen*, *loc. cit.*, e nelle sentenze del 5 giugno 1997 in cause riunite n. C-64/96 e n. C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3171.

⁶² Anche in dottrina v. F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 1, p. 115-116.

La direttiva detta, altresì, disposizioni comuni ai familiari del lavoratore, siano essi cittadini dell'Unione o di Stati terzi: l'art. 6 accorda a loro il diritto di soggiorno fino a tre mesi nel Paese ospitante e l'art. 14 della direttiva dispone che i familiari, senza alcuna distinzione, beneficiano del diritto di soggiorno finché non diventano un onere eccessivo per le finanze dello Stato ospitante (ed in ogni caso prima del conseguimento del diritto di soggiorno permanente).

Il regolamento n. 1251 del 1970 estende ai familiari il diritto del lavoratore di rimanere nello Stato dove egli svolgeva la propria attività lavorativa, anche dopo la cessazione di quest'ultima. L'art. 3 del regolamento disciplina il diritto dei familiari a rimanere nel territorio dello Stato ospitante a titolo permanente se anche il lavoratore ha acquisito tale diritto. La Corte di giustizia ha confermato tale orientamento del legislatore, affermando il diritto dei familiari del lavoratore a determinati vantaggi sociali anche dopo il decesso del lavoratore medesimo⁶³.

Disposizioni particolari contengono gli artt. 12 e 13 della direttiva. L'art. 12, recependo la giurisprudenza della Corte⁶⁴, estende il diritto di soggiorno anche ai familiari del cittadino deceduto o partito dal territorio dell'Unione, subordinatamente all'accertamento dei requisiti di cui all'art. 7. Il 2° comma disciplina il caso in cui i familiari del cittadino deceduto o partito non abbiano la cittadinanza dell'Unione: in tal caso subordina il mantenimento del diritto di soggiorno alla condizione dell'esercizio di un'attività subordinata oppure alla disponibilità di risorse economiche sufficienti⁶⁵. In questo caso la direttiva non ha totalmente recepito quanto statuito dalla Corte di giustizia in materia, la quale ha dato una risposta più articolata al problema: essa ha sostenuto che sebbene, in generale, i discendenti di un cittadino di uno Stato membro che usufruisce del diritto di rimanere in altro Stato membro non conservino il diritto alla parità di trattamento quando non siano più a suo carico e non siano a loro volta lavoratori, la condizione di familiare a carico può risultare da una situazione di fatto, poiché, nel caso in cui tale condizione dovesse discendere esclusivamente da apposita qualificazione normativa sulla base di diritti riconosciuti, il ricongiungimento delle famiglie verrebbe fatto in sostanza dipendere dalle normative nazionali, con l'evidente pericolo di un'applicazione non uniforme del diritto comunitario. Tale valutazione delle potenziali differenze normative degli Stati membri non è presente nella nuova direttiva.

⁶³ V. sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1975 in causa n. 32/75, *Fiorini ved. Cristini*, in *Raccolta*, 1975, p. 1085, e sentenza *Frascogna*, *cit. supra*, nota 27.

⁶⁴ V. le due sentenze della Corte di giustizia del 9 gennaio 2003 in causa n. C-257/00, *Givane*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 345 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 67 ss., sul diritto dei familiari a risiedere nella Comunità anche dopo il decesso del congiunto e del 6 marzo 2003 in causa n. C-466/00, *Kaba*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2219, sul diritto del coniuge separato al permesso di soggiorno.

⁶⁵ V. sentenza *Lebon*, *cit. supra*, nota 23, punto 24 della motivazione.

L'art. 13 estende il diritto di soggiorno anche ai familiari aventi la cittadinanza di uno Stato membro in caso di divorzio, annullamento e scioglimento del matrimonio: anche in questo caso la direttiva ha recepito una precedente giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁶, ed anche in questo caso subordinatamente all'accertamento dei requisiti di cui all'art. 7. Il 2° comma dell'art. 13 subordina il mantenimento del diritto di soggiorno dei familiari non comunitari al requisito di esercitare un'attività subordinata oppure di disporre di risorse economiche sufficienti. Inoltre, il coniuge o *partner* non cittadino comunitario mantiene il diritto di soggiorno qualora: il matrimonio sia durato tre anni, di cui uno nello Stato ospitante, prima dell'inizio della procedura di separazione (art. 13, comma 2, lett. a.); il coniuge o *partner* abbia ottenuto l'affidamento dei figli (art. 13, comma 2, lett. b.); vi siano state situazioni difficili durante il matrimonio (art. 13, comma 2, lett. c.); il coniuge o *partner* abbia diritto di visita al figlio minore (art. 13, comma 2, lett. d.).

L'art. 12 del regolamento n. 1612/68 estende ai figli del lavoratore la possibilità di frequentare corsi di insegnamento generale, apprendistato e formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato. Tale diritto è stato oggetto di molteplici pronunce da parte della Corte, che ha inteso, con tale prassi ermeneutica, garantire ancora la parità di trattamento fra lavoratori stranieri e dello Stato membro. In tal senso la Corte ha assicurato a cittadini stranieri, residenti nel territorio di uno Stato comunitario, il diritto ad usufruire dei corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale in un Paese terzo⁶⁷.

B. Le limitazioni alla libera circolazione

Il principio della libera circolazione dei lavoratori ammette dei temperamenti, enunciati dai commi 3 e 4 dell'art. 39 del Trattato.

Secondo la previsione del comma 3 dell'art. 39, la libertà dei lavoratori di spostarsi nel territorio degli Stati membri può essere limitata per motivi d'ordine pubblico, di sicurezza pubblica e sanità pubblica⁶⁸, mentre il comma 4 statuisce che la norma non è applicabile agli impieghi nella Pubblica Amministrazione.

⁶⁶ Sono stati inclusi il familiare separato, che può continuare a risiedere nello stesso Stato ove l'ex coniuge esercita attività lavorativa (sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1985 in causa n. 267/83, *Diatta*, in *Raccolta*, 1985, p. 567, punti 18 e 22 della motivazione) e il convivente del lavoratore straniero residente in uno Stato terzo (sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 1986 in causa n. 59/85, *Reed*, in *Raccolta*, 1986, p. 1283, punto 19 della motivazione).

⁶⁷ V. sentenze della Corte di giustizia del 13 novembre 1989 in causa n. C-308/89, *Di Leo*, in *Raccolta*, 1989, p. 4185 e del 15 marzo 1987 in cause riunite n. 389/87 e n. 390/87, *Echternach*, in *Raccolta*, 1987, p. 723.

⁶⁸ Principio richiamato dalla Corte in sentenza del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219, punto 13 della motivazione. V. in dottrina la disamina di G. KARYDIS, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 1.

Tali correttivi al principio di libera circolazione – necessari per salvaguardare primarie esigenze degli Stati membri di tutela di situazioni essenziali – servono a «conciliare l'applicazione di tali provvedimenti (di limitazione della circolazione) con il principio fondamentale della libera circolazione delle persone nella Comunità e l'abolizione di qualsiasi discriminazione, nell'ambito di applicazione del Trattato, tra i cittadini nazionali e quelli degli altri Stati membri»⁶⁹.

La legittimità di tali esigenze statuali deve, secondo la Corte di giustizia, essere interpretata in maniera restrittiva, poiché, trattandosi di situazioni eccezionali, occorre evitare che gli Stati possano fare ad esse ricorso al fine di legittimare abusi non consentiti a difesa dei propri interessi nazionali, ed a discapito della corretta attuazione della normativa europea⁷⁰.

L'eccezione prevista dal comma 4 dell'art. 39 sarà trattata per prima, mentre l'art. 39, comma 3, ed in special modo l'eccezione di ordine pubblico, saranno oggetto della seconda parte di questa sezione.

B.1 *L'esclusione degli impieghi nella pubblica amministrazione*

La *ratio* della norma che vuole l'art. 39 non applicabile agli impieghi nella pubblica amministrazione è che lo Stato abbia un rapporto particolare con i titolari e gli impiegati dei pubblici uffici, garanzia del corretto e leale svolgimento dei loro compiti⁷¹. In generale la Corte di giustizia ha precisato che l'art. 39, n. 4 può essere applicato prima dell'assunzione all'impiego, ma non dopo, in costanza del rapporto di lavoro; in tal caso l'avvenuta assunzione dimostra di per se stessa che non sono in causa gli interessi in difesa dei quali si giustifica l'eccezione al principio di non-discriminazione⁷².

Tuttavia, la vastità degli impieghi presenti nella pubblica amministrazione pone problemi di applicazione dell'eccezione del comma 4, oscillando le Istituzioni comunitarie e gli organi interni fra un'interpretazione della norma meramente formale, e quindi considerando che tutti gli impieghi nella pubblica amministrazione sono soggetti a limitazione di accesso, ed un'interpretazione più sostanziale, reputando necessario anche l'effettivo esercizio di funzione pubblica, poiché in questo caso la *ratio* normativa sarebbe meglio rispettata.

⁶⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1975 in causa n. 67/74, *Bonsignore*, in *Raccolta*, 1975, p. 297, punto 5 della motivazione.

⁷⁰ V. sentenze *Van Duyn*, *cit. supra*, nota 4, punto 18 della motivazione; *Bonsignore*, *loc. cit.*, punto 6 della motivazione, e *Kempf*, *cit. supra*, nota 54, punto 13 della motivazione.

⁷¹ In materia v. F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement*, *cit. supra*, nota 1, p. 47; F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 1, p. 69.

⁷² V. sentenza *Sotgiu*, *cit. supra*, nota 16, punto 4 della motivazione.

La Corte, fra le due interpretazioni, in un primo tempo ha tenuto in considerazione solo la mera presenza di un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, senza alcun riguardo alla funzione esercitata dal lavoratore⁷³. Successivamente ha aderito decisamente e con chiarezza alla tesi che la nozione di pubblica amministrazione non può essere lasciata alla completa discrezione degli Stati membri e che la portata della deroga deve essere determinata in rapporto alla funzione perseguita dalla norma, consentendo agli Stati membri di riservare ai propri cittadini, con leggi specifiche, solo l'accesso ad impieghi che comportino l'esercizio di compiti destinati alla salvaguardia degli interessi primari dello Stato⁷⁴. Ove si accogliesse una diversa interpretazione – secondo la Corte – si permetterebbe agli Stati membri di fare eccezioni sempre più estese al principio della libera circolazione⁷⁵.

Anche la Commissione ha fatto proprie le indicazioni ermeneutiche della giurisprudenza in una comunicazione, rivolta agli Stati membri, che suddivide le attività della pubblica amministrazione in due grandi settori: le «attività interessate all'azione nel settore dei servizi pubblici», che non godono dell'eccezione dell'art. 39, comma 4, e le «attività specifiche della funzione pubblica nazionale», rientranti nel campo di applicazione della suddetta eccezione⁷⁶. La Commissione ha identificato le prime nei settori commerciale, sanitario, dell'educazione e della ricerca, laddove appare probabile, senza pretese di esaudività, che il settore diplomatico, militare, giudiziario, della polizia, dell'amministrazione finanziaria godano dell'eccezione di cui all'art. 39, comma 4.

B.2 L'eccezione di ordine pubblico

B.2.1 La disciplina dell'eccezione di ordine pubblico

Dei tre limiti di cui al comma 3 dell'art. 39 (ordine pubblico, sicurezza e sanità pubbliche) interessa particolarmente in questa sede l'eccezione di ordine pubblico, che è quella cui più di frequente ricorrono gli Stati membri per giustificare le restrizioni che pongono alla circolazione dei lavoratori⁷⁷.

⁷³ V. sentenza *Sotgiu*, cit. supra, nota 16, punti 5-6 della motivazione.

⁷⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1980 in causa n. 149/79, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1980, p. 3881, punti 10-11 e 18-20 della motivazione. Per l'applicazione pratica del principio alle diverse categorie di lavoratori v. sentenze della Corte di giustizia del 3 giugno 1986 in causa n. 307/84, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1986, p. 1725; *Lawrie-Blum*, cit. supra, nota 51; del 30 maggio 1989 in causa n. 33/88, *Allué e Conan*, in *Raccolta*, 1989, p. 1591; del 16 giugno 1987 in causa n. 225/85, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 2625.

⁷⁵ In tal senso anche F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 1, p. 72-73, e F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement*, cit. supra, nota 1, p. 48.

⁷⁶ V. la comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'art. 48, comma 4 (oggi art. 39, comma 4) del Trattato, in *Guce* n. C 72 del 18 marzo 1988.

⁷⁷ Così anche F. WEISS - F. WOOLRIDGE, *Free movement*, loc. cit., p. 145.

Il legislatore europeo non ha definito il concetto di ordine pubblico, per cui nell'ambito della Comunità la relativa nozione, non essendo improntata a criteri unitari uniformi, viene inevitabilmente a risentire della discrezionalità di cui ciascuno degli Stati gode nel determinare quali siano i comportamenti che si pongono in contrasto con l'ordine pubblico medesimo⁷⁸. La direttiva n. 64/221 ha previsto, infatti, semplicemente che si possa limitare la libera circolazione di un cittadino comunitario nei Paesi membri quando ricorra uno dei suddetti previsti limiti di carattere generale, ma non ha introdotto altre specificazioni della nozione di ordine pubblico⁷⁹.

Allo scopo di armonizzare le possibili differenze tra i vari Stati⁸⁰ è intervenuta la giurisprudenza a fissare i criteri interpretativi di cui occorre tenere conto per delimitarne l'esatto suo ambito applicativo.

Gli inconvenienti derivanti da una proliferazione di norme e la necessità di una migliore regolamentazione complessiva del tema più aderente agli intervenuti mutamenti sociali hanno imposto il riordino complessivo della materia con la direttiva n. 2004/38, che, sostituendo la direttiva n. 64/221 e riprendendone sostanzialmente l'originario assetto, ha provveduto ad integrare la disciplina della materia integrandola con i principi elaborati in via esecutiva dalla Corte nella sua ultratrentennale giurisprudenza.

La nuova direttiva disciplina negli artt. 27, 28, 30 e 31 del capo VI i motivi di ordine pubblico che possono venire in rilievo al fine di limitare la libera circolazione delle persone, e completa quello che già una comunicazione della Commissione aveva raccomandato agli Stati membri di attuare, facendo proprie le indicazioni emerse nella elaborazione della stessa Corte⁸¹.

L'art. 27, nel riconoscere agli Stati membri il diritto di limitare la libertà di circolazione solo per gravi motivi di ordine pubblico, sicurezza e sanità pubbliche, ribadisce il contenuto dell'art. 39 del Trattato e sostanzialmente ripete quanto già era previsto dall'art. 3 della pregressa direttiva.

⁷⁸ Questo aspetto è stato sottolineato dalla Corte nella sentenza *Van Duyn*, cit. supra, nota 4, punto 18 della motivazione, e nella sentenza del 18 maggio 1982 in cause riunite n. 115/ e n. 116/81, *Adoui e Cornuaille*, in *Raccolta*, 1982, p. 1665, punto 8 della motivazione, laddove «il diritto comunitario non vincola gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti».

⁷⁹ In *Guce* n. L 56 del 4 aprile 1964, p. 850. V. la sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2811, annotata da E. ADOBATI in questa *Rivista*, 1999, p. 73 ss.

⁸⁰ Ben sintetizzato da A. BARAV, *La libre circulation des travailleurs*, cit. supra, nota 1, che a p. 731 sostiene: «si une définition de la notion d'ordre public communautaire se révèle impossible, il n'en demeure pas moins que certains textes communautaires et surtout la jurisprudence fournissent des éléments de nature à circonscrire cette notion et à préciser les circonstances dans lesquelles elle peut être invoquée».

⁸¹ V. la comunicazione COM (99) 372 della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 30 luglio 1999, sui provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento ed il soggiorno dei cittadini dell'Unione, giustificati per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica ovvero di sanità pubblica.

In molteplici pronunce sul tema la Corte si era attestata sulla stretta interpretazione letterale della suddetta norma⁸², stabilendo che l'obbligo risultante dalla direttiva, assoluto ed incondizionato, non richiede alcun provvedimento d'attuazione⁸³. La Corte ha confermato l'obbligo statutale «di astenersi da qualsiasi provvedimento, in materia, che venga utilizzato per fini che esulano dalle esigenze d'ordine pubblico»⁸⁴. Lo stesso articolo della direttiva dispone che i motivi d'ordine pubblico non possono essere invocati per fini economici⁸⁵ e non possono essere dettati da ragioni di prevenzione generale⁸⁶.

I destinatari delle misure di limitazione possono essere solo singoli cittadini, non essendo la norma applicabile ad intere categorie di persone. Sul diverso problema dell'espulsione di un cittadino comunitario per il fatto della sua appartenenza ad un gruppo, le cui attività sono ritenute dallo Stato ospitante una minaccia all'ordine pubblico, la giurisprudenza della Corte ha adottato decisioni non sempre conformi: da una prima sentenza, in cui ammetteva la possibilità che tali persone fossero espulse anche se lo Stato ospitante non sanzionava in alcun modo i suoi cittadini appartenenti al medesimo gruppo⁸⁷, è passata ad ammettere il diverso indirizzo che, assegnando maggior rilievo al principio di non-discriminazione, prevede che la possibilità dell'allontanamento è data solo a condizione che i comportamenti sanzionati siano oggetto di provvedimenti repressivi (o altre misure reali ed effettive) volti a combattere il fenomeno anche nei confronti dei cittadini dello Stato ospitante⁸⁸.

Il comportamento personale del singolo cittadino va in ogni caso sempre valutato in concreto e deve integrare una grave minaccia all'ordine pubblico

⁸² V. sentenze *Van Duyn*, *cit. supra*, nota 4, punto 10 della motivazione; del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999, punto 10 della motivazione; sentenza *Rutili*, *cit. supra*, nota 68, punto 52 della motivazione. Particolarmente significative sono la sentenza *Bonsignore*, *cit. supra*, nota 69, dove, al punto 5 della motivazione, la Corte ha testualmente detto che «non possono essere presi in considerazione (...) i motivi che prescindano dal caso singolo» e un altro passo della sentenza *Rutili*, al punto 29 della motivazione, secondo la quale bisogna «astenersi da valutazioni complessive».

⁸³ V. sentenza *Van Duyn*, *loc. cit.*, punto 13 della motivazione.

⁸⁴ V. sentenza *Rutili*, *loc. cit.*, sempre al punto 52 della motivazione (si verteva in tema di esercizio dei diritti sindacali). V. in dottrina F. MANCINI, *Principi fondamentali*, *cit. supra*, nota 52, che a p. 594 dice testualmente: «un provvedimento che miri ad obiettivi generali di prevenzione (...) sarebbe dunque illegittimo».

⁸⁵ Principio anche questo confermato dalla Corte nelle pronunce del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond Van Adverteers*, in *Raccolta*, 1988, p. 2085, punti 32 e 33 della motivazione; del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Gouda*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007, punto 11 della motivazione e in questa *Rivista*, 1992, 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 ss., e del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Ciola*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2517, punto 17 della motivazione e in questa *Rivista*, 1999, p. 721 con nota di E. ADOBATI, *Provvedimenti amministrativi e primato del diritto comunitario*, p. 727 ss. e commento di R. ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, p. 729 ss.

⁸⁶ V. sentenza *Bonsignore*, *loc. cit.*, punto 7 della motivazione.

⁸⁷ V. sentenza *Van Duyn*, *loc. cit.*

⁸⁸ V. sentenza *Adoui e Cornuaille*, *cit. supra*, nota 78.

per uno degli interessi fondamentali della collettività, ai sensi dell'art. 27, n. 2, par. 2⁸⁹: la Corte, coerentemente, ha con univoca giurisprudenza sostenuto che spetta sempre agli ordinamenti ed ai giudici nazionali decidere, caso per caso, sull'effettività della minaccia⁹⁰. I giudici di Lussemburgo hanno precisato che «gli organi nazionali sono tenuti ad effettuare una valutazione specifica, sotto il profilo degli interessi inerenti alla tutela dell'ordine pubblico»⁹¹. La Corte ha, altresì, sempre espresso il principio che il comportamento personale del cittadino deve integrare gli estremi di una minaccia effettiva e non potenziale⁹², ritenendo che non rientra in questa fattispecie un comportamento che non è sanzionato qualora adottato da cittadini dello Stato membro⁹³, né vi rientra l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei relativi diritti⁹⁴.

È necessario ricordare che i provvedimenti restrittivi della circolazione non possono essere giustificati da motivi di ordine generale rinvenibili in norme di natura penale, e che le restrizioni della libera circolazione dei cittadini non possono superare i limiti di proporzionalità ricavabili dalla disciplina comunitaria e valutabili dal giudice comunitario⁹⁵.

Norma fondamentale in materia, specie alla luce della prassi applicativa degli Stati membri, è quella dell'art. 27, n. 2 della direttiva n. 38/2004, secondo la previsione già dell'art. 3, comma 2, della direttiva n. 64/221, per la quale la sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di provvedimenti restrittivi della libera circolazione per motivi di ordine pubblico⁹⁶. Tale previsione si è dimostrata molto importante, poiché la Corte ha esaminato molti casi nei quali gli Stati membri avevano ricollegato la minaccia all'ordine pubblico al solo fatto della pregressa esistenza di una condanna penale⁹⁷. In proposito la Corte ha stabilito che tale condanna non costituisce ipotesi di automatica adozione del provvedimento d'espulsione ed

⁸⁹ V. sentenza *Calfa*, *cit. supra*, nota 79, punto 21 della motivazione.

⁹⁰ V., *inter alia*, sentenza *Van Duyn*, *cit. supra*, nota 4, punto 18 della motivazione; sentenza *Bouchereau*, *cit. supra*, nota 82, punto 30 della motivazione.

⁹¹ V. sentenza *Bouchereau*, *loc. cit.*, punti 27-28 della motivazione, e sentenza del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-482/01 e n. 493/01, *Orfanopoulos*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 69, 70 e 92 della motivazione.

⁹² V. sentenza *Bouchereau*, *loc. cit.*, punto 28 della motivazione.

⁹³ V. sentenza *Adoui e Cornuaille*, *cit. supra*, nota 78, punto 8 della motivazione, anche se in precedenza la stessa Corte aveva ammesso la legittimità di simili comportamenti: v. sentenza *Van Duyn*, *loc. cit.*, punto 24 della motivazione.

⁹⁴ V. sentenza *Rutili*, *cit. supra*, nota 68, punto 31 della motivazione.

⁹⁵ Principio ribadito anche dalla sentenza *Orfanopoulos*, *loc. cit.*, punto 99 della motivazione, che è una concreta applicazione del principio di proporzionalità per giustificare eventuali restrizioni all'allontanamento dei cittadini comunitari per motivi di ordine pubblico.

⁹⁶ La Corte ha condannato esplicitamente «un certo automatismo, o, quantomeno, una presunzione di espulsione» in caso di una precedente condanna penale: v. da ultimo la sentenza *Orfanopoulos*, *loc. cit.*, punti 95 e 100 della motivazione.

⁹⁷ Emblematica la sentenza *Calfa*, *loc. cit.*; v. anche il caso *Bonsignore*, *cit. supra*, nota 69, nonché la costante prassi applicativa dei provvedimenti di espulsione in alcuni Paesi comunitari come Germania e Grecia.

ha specificato che, pur ammessa l'indubbia rilevanza del precedente penale nella valutazione del relativo provvedimento d'allontanamento, si debba comunque ricercare il giusto equilibrio fra gli interessi del cittadino straniero e quelli dello Stato, nel rispetto dei principi del diritto comunitario e dei diritti fondamentali della persona⁹⁸. In adesione costante a detti criteri informativi, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che le precedenti condanne penali non giustificano, per ciò solo, provvedimenti restrittivi, ma hanno valore solo in quanto sintomatiche di una tendenza, ovvero di una evidente futura intenzione, di comportarsi in modo contrario all'ordine pubblico⁹⁹.

L'art. 28 prevede una protezione rafforzata per i cittadini dell'Unione, prescrivendo che, prima di adottare un provvedimento di allontanamento, lo Stato deve tener conto delle particolari circostanze della durata del soggiorno dell'interessato, del grado della sua integrazione nel Paese e dei legami familiari e sociali¹⁰⁰ (art. 28, n. 1). Inoltre prevede che i cittadini dei Paesi membri non possono essere espulsi se non per gravi motivi di ordine pubblico (art. 28, n. 2), e non possono, salvo che per ragioni imperative di pubblica sicurezza, essere allontanati quando soggiornano nello Stato da oltre dieci anni o se sono minorenni (art. 28, n. 3).

L'art. 30 definisce la disciplina procedimentale di irrogazione dei provvedimenti restrittivi. Gli Stati debbono garantire l'esercizio effettivo dei rimedi giuridici, per cui hanno l'obbligo di notificare all'interessato – salvo il caso in cui vi ostino ragioni pertinenti alla sicurezza dello Stato – i motivi che sono alla base del provvedimento stesso, e l'interessato deve comprendere il contenuto e le conseguenze dell'atto notificatogli¹⁰¹.

L'atto di allontanamento deve contenere l'indicazione dell'organo giurisdizionale o dell'autorità amministrativa dinanzi al quale fare ricorso ed i termini entro i quali agire, nonché il termine entro il quale lasciare il territorio dello Stato, che non può essere inferiore ad un mese salvo casi di urgenza debitamente comprovati (art. 30, n. 3). L'interessato deve altresì avere, ai sensi dell'art. 31, la garanzia di accedere ai mezzi di impugnazione giurisdizionali ed amministrativi, la norma imponendo non solo la cautela della sospensione dell'esecuzione in costanza di impugnazione, ma anche di tenere conto, nell'erogazione della sanzione, dei legami familiari e sociali di cui all'art. 28, n. 1. L'art. 31, non diversificando la posizione dei cittadini stranieri da quella dei cittadini residenti, costituisce specifica applicazione del principio della parità di trattamento e recepisce la giurisprudenza comunitaria in tema di uguaglianza di mezzi di ricor-

⁹⁸ V. sentenza *Orfanopoulos*, cit. supra, nota 91, al punto 97 della motivazione.

⁹⁹ V. sentenza *Bouchereau*, cit. supra, nota 82, punti 25-26 della motivazione.

¹⁰⁰ V. bene da ultimo nella sentenza *Orfanopoulos*, loc. cit., punto 60 della motivazione.

¹⁰¹ Garanzia molto importante per quelle comunità di cittadini dell'Unione che hanno difficoltà in Paesi la cui lingua è di difficile apprendimento.

so¹⁰². La Corte, per rendere più efficace tale disciplina, ha affermato che i singoli possono invocare l'effetto diretto delle disposizioni della direttiva, anche se tale atto normativo, di per sé, non ha efficacia diretta *ipso jure*¹⁰³.

Nel merito, l'eccezione di ordine pubblico è da interpretare in modo restrittivo¹⁰⁴: proprio in virtù delle già sottolineate differenze fra i Paesi membri, e nell'evidente intento di evitare forti differenze applicative, la Corte ha specificato che la portata dell'eccezione non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato senza il controllo delle Istituzioni comunitarie¹⁰⁵. Inoltre, la legittimità dei provvedimenti destinati alla tutela dell'ordine pubblico deve essere valutata alla luce dell'intera normativa comunitaria, avente ad oggetto sia il limite previsto per la discrezionalità degli Stati membri in materia, sia la garanzia del diritto di difesa dei singoli nei cui confronti siano stati applicati provvedimenti restrittivi della libera circolazione¹⁰⁶.

B.2.2 I principi di proporzionalità e parità di trattamento nell'interpretazione dell'eccezione di ordine pubblico

Anche nella materia dell'eccezione di ordine pubblico è sempre obbligatorio il rispetto dei principi generali di proporzionalità e di parità di trattamento. Tali principi svolgono una funzione di controllo sul potere discrezionale degli Stati di limitare la libera circolazione, potere che potrebbe allargarsi a causa dell'importanza che si annette all'ordine pubblico e della centralità della materia per il consenso dei cittadini.

Con riguardo al principio di proporzionalità, la Corte ha espressamente stabilito che «i provvedimenti adottati in forza dell'art. 56 del Trattato (*precedente numerazione; oggi art. 39, comma 3 n.d.a.*) non debbono essere sproporzionati rispetto allo scopo perseguito (...) detto articolo deve, infatti, essere interpretato in modo che i suoi effetti siano limitati a quanto necessario per la tutela degli interessi che esso mira a garantire»¹⁰⁷. Inoltre, l'art. 31, n. 3 della direttiva n. 38/2004 garantisce che i mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento dello Stato membro rispettino il principio di proporzionalità.

Particolare attenzione è stata dedicata dalla Corte all'applicazione del principio di non-discriminazione, in considerazione delle potenziali difformità di trattamento che gli Stati membri potrebbero operare nei confronti di cit-

¹⁰² V. sentenza *Bouchereau*, *cit. supra*, nota 82, punto 16 della motivazione.

¹⁰³ V. sentenza *Van Duyn*, *cit. supra*, nota 4, punto 13 della motivazione.

¹⁰⁴ V. sentenza *Calfa*, *cit. supra*, nota 79, punto 23 della motivazione.

¹⁰⁵ V. sentenze *Bouchereau*, *loc. cit.*, punto 24 della motivazione; *Van Duyn*, *loc. cit.*, punto 18 della motivazione e *Rutili*, *cit. supra*, nota 68, punto 27 della motivazione.

¹⁰⁶ V. sentenza *Rutili*, *loc. cit.*, punto 51 della motivazione.

¹⁰⁷ V. sentenza *Bond Van Adverteers*, *cit. supra*, nota 85, punto 61 della motivazione. Stesso concetto nella sentenza *Rutili*, *loc. cit.*, punto 15 della motivazione.

tadini di altri Stati nell'adozione di misure, quali l'allontanamento o il rifiuto dell'accesso al territorio, applicabili per forza di cose solo agli stranieri. Il già esaminato art. 31 della direttiva n. 2004/38, che prevede che l'interessato può accedere ai mezzi di impugnazione giurisdizionali ed amministrativi a parità di condizioni con i cittadini dello Stato membro, è l'applicazione concreta di detto principio¹⁰⁸. In diverse pronunce la Corte ha dato attuazione pratica al principio: dapprima ha dichiarato illegittimo il diniego del permesso di soggiorno comminato sulla sola base dell'attività dello straniero non conforme alla normativa previdenziale vigente, considerando che la riserva di ordine pubblico non può, comunque, giustificare provvedimenti amministrativi che esigano requisiti diversi da quelli espressamente previsti dalla normativa comunitaria¹⁰⁹; ha, poi, dichiarato illegittimo il comportamento di uno Stato che predisponesse per i cittadini di altro Stato membro mezzi di ricorso meno efficaci di quelli messi a disposizione dei propri cittadini¹¹⁰; ha rilevato, infine, che le autorità competenti ad emanare i relativi provvedimenti non possono basare l'esercizio dei loro poteri su valutazioni da cui conseguano discriminazioni arbitrarie nei confronti di cittadini di altri Stati membri¹¹¹.

Conclusione

Benché al settore della libera circolazione delle persone e dei lavoratori sia stata assicurata, specie con l'opera di armonizzazione comunitaria, la più ampia tutela, alcuni punti rimangono ancora da riesaminare al fine di garantire la piena esplicazione della libertà all'interno del territorio comunitario. In particolare occorre perseguire l'ulteriore conformità delle normazioni nazionali in materia, per garantire ai cittadini comunitari un trattamento assolutamente uniforme.

Luca Trifone*

¹⁰⁸ Tale principio è stato confermato dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza del 17 giugno 1997 in cause riunite n. C-65/95 e n. 111/95, *Shingara e Radiom*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3343, punto 31 della motivazione, laddove «l'obbligo che la norma impone allo Stato membro dall'art. 8 della direttiva è adempiuto se i cittadini degli altri Stati membri dispongono degli stessi mezzi di ricorso esperibili in tale Stato membro contro gli atti amministrativi in generale».

¹⁰⁹ V. sentenza *Roux*, *cit. supra*, nota 4, punti 30-31 della motivazione.

¹¹⁰ V. sentenza *Shingara e Radiom*, *loc. cit.*, punto 25 della motivazione.

¹¹¹ V. sentenza *Adoui e Cornuaille*, *cit. supra*, nota 78, punto 9 della motivazione: «uno Stato membro non può (...) allontanare dal proprio territorio un cittadino di un altro Stato membro né rifiutargli l'accesso al proprio territorio a motivo di un comportamento che, ove sia posto in essere da cittadini del primo Stato membro, non da luogo a misure repressive o ad altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a combatterlo».

* Segretario di legazione - Ministero degli Affari Esteri. Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

ACQUISTO DI BENI IMMOBILI: LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI E NORME NAZIONALI RESTRITTIVE

Corte di giustizia

Sentenza del 15 maggio 2003 in causa n. C-300/01*

Doris Salzmann

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 73 B n. 1 Trattato CE - Libera circolazione dei capitali - Norme nazionali sull'acquisto della proprietà fondiaria - Restrizioni all'acquisto di beni immobili - Previa autorizzazione all'acquisto di fondi non edificati - Inammissibilità - Allegato XII, punto 1, lett. e. Accordo SEE - Sua applicazione negli Stati AELS - Interpretazione - Incompetenza della Corte.

Nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 234 CE, la Corte è, in linea di principio, tenuta a decidere, qualora le questioni proposte vertano sull'interpretazione del diritto comunitario. Inoltre, in linea di principio, spetta unicamente ai giudici nazionali valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale sia la sua rilevanza. Ne discende che le questioni proposte dal giudice nazionale, nel contesto che esso definisce sotto la propria responsabilità sia in diritto sia in fatto e sulla cui esattezza non spetta alla Corte giudicare, godono di una presunzione di rilevanza. La Corte si esime dal pronunciarsi solo nel caso eccezionale in cui appare manifesto che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha nessun rapporto con le circostanze di fatto o con l'oggetto della controversia nella causa principale.

* In *Raccolta*, 2003, I, p. 4899. In argomento v. *infra*, p. 45 ss., il commento di ROSANNA MEOLI.

L'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga che un cittadino del proprio ordinamento goda di quegli stessi diritti che i cittadini degli altri Stati membri ricaverebbero dal diritto comunitario in una situazione identica non corrisponde alla suddetta ipotesi eccezionale. Al contrario, in una situazione del genere la soluzione della Corte può essere utile al giudice nazionale.

Benché il regime giuridico applicabile alla proprietà immobiliare rientri nelle competenze riservate agli Stati membri in forza dell'art. 222 del Trattato (divenuto art. 295 CE), esso non si sottrae tuttavia al rispetto delle norme fondamentali del Trattato. Pertanto, misure nazionali che disciplinano in talune zone l'acquisto della proprietà immobiliare al fine di vietare l'installazione di residenze secondarie sono soggette all'osservanza delle disposizioni del Trattato riguardanti la libera circolazione dei capitali.

Se la Corte è in linea di principio competente a statuire in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'Accordo che istituisce lo Spazio economico europeo (SEE), in forza dell'art. 234 CE, quando una questione del genere è sollevata dinanzi a un giudice di uno degli Stati membri, tale competenza è valida unicamente per quanto concerne le Comunità, di modo che la Corte non è competente, ai sensi dell'art. 234 CE, a pronunciarsi sull'interpretazione di detto accordo per quanto riguarda la sua applicazione negli Stati dell'Associazione europea di libero scambio (AELS).

Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, in linea di principio spetta unicamente ai giudici nazionali valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale sia la sua rilevanza (v., in tal senso, sentenze Guimont, punto 22, e Reisch e a., punto 25, cit.).

(Omissis) In diritto

Causa principale e questioni pregiudiziali

(Omissis)

Sulla ricevibilità

(Omissis)

28. A questo riguardo occorre anzitutto ricordare che l'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione giudiziaria, grazie al quale la Corte fornisce ai giudici nazionali gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possono essere loro utili per valutare gli effetti di una disposizione di diritto nazionale rilevante nell'ambito della controversia sulla quale essi sono chiamati a pronunciarsi (v., in tal senso, sentenze 13 gennaio 2000, causa n. C-254/98, *TK-Heimdienst*, *Raccolta*, I, p. 151, punto 12, e 5 marzo 2002, cause riunite n. C-515/99, da n. C-519/99 a n. C-524/99 e da n. C-526/99 a n. C-540/99, *Reisch e a.*, *Raccolta*, I, p. 2157, punto 22).

29. Nella fattispecie, il giudice del rinvio chiede alla Corte di interpretare l'art. 73 B, n. 1, del Trattato al fine di valutare la portata di alcune norme del diritto nazio-

nale che fanno ad esso rinvio. Poiché le questioni proposte vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte è, in linea di principio, tenuta a decidere (v., in tal senso, sentenza 15 dicembre 1995, causa n. C-415/93, *Bosman, Raccolta*, I, p. 4921, punto 59).

30. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, in linea di principio spetta unicamente ai giudici nazionali valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale sia la sua rilevanza (v., in tal senso, sentenze *Guimont*, punto 22, e *Reisch e a.*, punto 25, *cit.*).

31. Ne discende che le questioni proposte dal giudice nazionale, nel contesto che esso definisce sotto la propria responsabilità sia in diritto sia in fatto e sulla cui esattezza non spetta alla Corte giudicare, godono di una presunzione di rilevanza (sentenza 7 settembre 1999, causa n. C-355/97, *Beck e Bergdorf, Raccolta*, I, p. 4977, punti 22-24).

32. Vero è che risulta dagli atti che tutti gli elementi relativi alla causa principale sono confinati all'interno di un solo Stato membro e che una normativa nazionale quale il *VGVG*, che è applicabile indifferentemente ai cittadini austriaci e ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea, può considerarsi in generale soggetta alle disposizioni del Trattato relative alle libertà fondamentali solo in quanto essa si applichi a una fattispecie collegata con gli scambi intracomunitari. Tuttavia, tali constatazioni non incidono sull'obbligo incombente alla Corte di rispondere al giudice del rinvio, interpretando le disposizioni comunitarie da cui dipende la portata delle disposizioni nazionali controverse in sede di giudizio principale. Infatti, la Corte si esime dal pronunciarsi solo nel caso eccezionale in cui appare manifesto che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha nessun rapporto con le circostanze di fatto o con l'oggetto della controversia nella causa principale (v., in tal senso, sentenze *Konle*, punto 33, *Angonese*, punto 18, e *Reisch e a.*, punto 25, *cit.*).

33. L'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga che un cittadino del proprio ordinamento goda di quegli stessi diritti che i cittadini degli altri Stati membri ricaverrebbero dal diritto comunitario in una situazione identica non corrisponde alla suddetta ipotesi eccezionale. Al contrario, in una situazione del genere la Corte ha già dichiarato che la sua risposta poteva essere utile al giudice nazionale (sentenza *Reisch e a.*, *cit.*, punto 26).

34. Peraltro, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate in diritto comunitario al fine, in particolare, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini del proprio ordinamento, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v. sentenza 15 gennaio 2002, causa n. C-43/00, *Andersen og Jensen, Raccolta*, I, p. 379, punto 18). Nella fattispecie, si ricava dagli atti che i giudici austriaci ritengono che i cittadini austriaci, quando esercitano i diritti che traggono dalla libera circolazione dei capitali, possano avvalersi della parità di trattamento prevista a vantaggio dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e dello SEE dall'art. 3, n. 1, del *VGVG*.

35. Di conseguenza, non risulta in modo manifesto che l'interpretazione richiesta del diritto comunitario non abbia nessun rapporto con le circostanze di fatto o con

l'oggetto della controversia di cui è investito il giudice del rinvio. Le questioni pregiudiziali sono pertanto ricevibili.

36. Di conseguenza, occorre esaminare se l'art. 73 B, n. 1, del Trattato osti all'applicazione di una normativa nazionale del tipo della procedura di autorizzazione preliminare controversa in sede di giudizio principale.

Nel merito

(Omissis)

39. In via preliminare occorre ricordare che, benché il regime giuridico applicabile alla proprietà immobiliare rientri nelle competenze riservate agli Stati membri in forza dell'art. 222 del Trattato CE (divenuto art. 295 CE), esso non si sottrae tuttavia al rispetto delle norme fondamentali del Trattato (v. sentenza *Konle, cit.*, punto 38). Pertanto, misure nazionali del tipo di quelle rilevanti in sede di giudizio principale, le quali disciplinano in talune zone l'acquisto della proprietà immobiliare al fine di vietare l'installazione di residenze secondarie, sono soggette all'osservanza delle disposizioni del Trattato riguardanti la libera circolazione dei capitali (sentenze *Konle*, punto 22, e *Reisch e a.*, punto 28, *cit.*).

40. Occorre pertanto esaminare se l'art. 73 B, n. 1, del Trattato osti a misure nazionali quali quelle di cui alla causa principale, così come chiesto alla Corte dal giudice del rinvio.

41. Benché il dettato dell'art. 8, n. 3, del *VGVG* non disponga una discriminazione formale tra i cittadini austriaci e i cittadini degli altri Stati membri dell'Unione o dello SEE, la procedura di autorizzazione preliminare che esso istituisce limita, già solo in forza del suo oggetto, la libera circolazione dei capitali (v., in tal senso, sentenza *Reisch e a.*, *cit.*, punto 32). La detta procedura rientra pertanto nella sfera del divieto di cui all'art. 73 B, n. 1, del Trattato.

42. Una misura del genere può nondimeno essere ammessa a condizione di perseguire un obiettivo di interesse generale, di non essere applicata in maniera discriminatoria e di rispettare il principio di proporzionalità, ossia di essere idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e di non eccedere quanto necessario al suo raggiungimento (sentenze *Konle, cit.*, punto 40; 22 gennaio 2002, causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital, Raccolta*, I, p. 607, punto 33, e *Reisch e a.*, *cit.*, punto 33).

43. Per quanto concerne, anzitutto, il presupposto riguardante la soddisfazione di uno scopo di interesse generale, il Governo austriaco sostiene che, istituendo la procedura di autorizzazione preliminare, il *Landtag Vorarlberg* persegue un obiettivo specifico di pianificazione del territorio. Oltre all'intento di scongiurare l'impianto di edifici che non rispettino le specifiche previsioni dei piani regolatori, il *Landtag Vorarlberg* terrebbe a favorire lo sfruttamento più razionale possibile delle aree edificabili da parte degli acquirenti. Le note esplicative relative all'art. 8, nn. 1 e 3, del *VGVG* (pubblicate nel resoconto del XXVI *Landtag Vorarlberg*, 1997), di cui la Corte avrebbe riconosciuto l'importanza che esse rivestono in sede di interpretazione ed applicazione della legge in Austria (sentenza *Konle, cit.*, punto 41), darebbero prova delle priorità del *Landtag Vorarlberg*.

44. A tal riguardo, secondo una giurisprudenza costante, le restrizioni all'inse-

membro introduce al fine di mantenere, in un obiettivo di pianificazione del territorio, una popolazione permanente e un'attività economica autonoma rispetto al settore turistico possono essere considerate funzionali a un obiettivo d'interesse generale (v. sentenze *Konle*, punto 40, e *Reisch e a.*, punto 34, *cit.*).

45. Per quanto poi concerne il presupposto dell'applicazione non discriminatoria della misura restrittiva, il Governo austriaco asserisce che il dettato dell'art. 8, n. 3, del *VGVG* dev'essere interpretato, da un lato, alla luce del principio di legalità, quale enunciato dall'art. 18 della Costituzione federale austriaca, e, dall'altro, tenendo presenti le note esplicative menzionate nel punto 43 della presente motivazione. Dall'art. 18 della Costituzione federale austriaca discenderebbe che l'amministrazione competente è tenuta a rilasciare l'autorizzazione preliminare quando sono soddisfatte le condizioni alle quali è soggetta la sua concessione. Parimenti, in forza delle dette note esplicative, l'autorizzazione preliminare dovrebbe essere considerata come una «restrizione non discriminatoria in sede di acquisto di fondi non edificati». Di conseguenza, essa non dovrebbe essere giudicata incompatibile, a tale titolo, con l'art. 73 B, n. 1, del Trattato.

46. Va tuttavia rilevato che, dato che si impone all'acquirente di fornire la prova dell'uso futuro del fondo che esso acquista, una misura quale quella di cui all'art. 8, n. 3, del *VGVG* conferisce all'amministrazione competente un margine di valutazione tanto ampio da far pensare a una piena discrezionalità (v., in tal senso, sentenza *Konle*, *cit.*, punto 41).

47. Pertanto, non si può escludere che una procedura di autorizzazione preliminare quale quella in esame nella causa principale possa costituire oggetto di applicazione discriminatoria.

48. Per quanto riguarda infine il presupposto della proporzionalità, il Governo austriaco afferma che l'art. 8, n. 3, del *VGVG* è proporzionato all'obiettivo di interesse generale che è stato ad esso assegnato dal *Landtag Vorarlberg*. Comunque, una procedura di previa dichiarazione, giudicata sufficiente per le aree edificate, non costituirebbe manifestamente, per quanto concerne i fondi non edificati, un'alternativa meno restrittiva rispetto all'autorizzazione preliminare, poiché essa non garantirebbe uno sfruttamento ottimale del patrimonio fondiario. Solo la procedura di autorizzazione preliminare, la quale consente, eventualmente, di imporre all'acquirente determinati comportamenti concreti, garantirebbe un siffatto risultato.

49. Si deve ammettere, a tal riguardo, che una procedura consistente in una semplice dichiarazione non consente necessariamente, di per sé sola, di raggiungere lo scopo perseguito dall'autorità pubblica mediante una procedura di autorizzazione preliminare (sentenza *Konle*, *cit.*, punto 46).

50. Tuttavia, come la Corte ha già dichiarato, una procedura consistente in una semplice dichiarazione, quando è accompagnata da misure giuridiche adeguate, può effettivamente consentire di eliminare l'obbligo di un'autorizzazione preliminare, senza con ciò nuocere all'efficacia degli scopi perseguiti dall'autorità pubblica (sentenze 14 dicembre 1995, cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, *Raccolta*, I, p. 4821, punto 27, e *Konle*, *cit.*, punti 46 e 47).

51. Nel caso di specie, in una situazione contraddistinta, da un lato, dalla possibilità di controllare la conformità dei progetti d'acquisto e di costruzione al piano regolatore, che il regime di dichiarazione preliminare concede all'autorità pubblica, e, dall'altro, dall'esistenza di sanzioni pecuniarie, di una specifica azione di nullità

del contratto di compravendita ex art. 25, n. 2, del *VGVG* e di una sanzione consistente nella vendita forzata del fondo di cui trattasi, che può essere disposta in applicazione dell'art. 28 del *VGVG*, la procedura di autorizzazione preliminare non può essere giudicata come una misura strettamente indispensabile per raggiungere lo scopo della pianificazione del territorio perseguito dalla normativa nazionale controversa in sede di giudizio principale (v., in tal senso, sentenze *Konle*, punto 47, e *Reisch e a.*, punto 38, *cit.*). In un'ipotesi del genere, l'interesse generale non impone che l'esame, da parte dell'amministrazione, del progetto di acquisto di un fondo non edificato richieda la sospensione dell'esercizio della libertà rivendicata.

52. Tenendo presenti il rischio di discriminazione insito in una procedura di autorizzazione preliminare quale quella di cui trattasi nella causa principale e il fatto che essa non è strettamente indispensabile al raggiungimento dell'obiettivo della pianificazione del territorio che essa persegue, tale procedura costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali incompatibile con l'art. 73 B, n. 1, del Trattato.

53. Il Governo austriaco afferma che la procedura di autorizzazione preliminare di cui trattasi nella causa principale deve nondimeno godere della deroga prevista dall'art. 70 dell'Atto di adesione. Il suo mantenimento in vigore sino al 1° gennaio 2000 non sarebbe pertanto incompatibile con il diritto comunitario. Infatti, benché sia pacifico che l'art. 8, n. 3, del *VGVG* è stato adottato diversi mesi dopo l'adesione della Repubblica d'Austria all'Unione europea, l'affermazione del *Landesgericht* secondo la quale l'«obbligo di edificazione» imposto all'acquirente di un fondo non edificato esisterebbe solo a partire dall'entrata in vigore dell'attuale art. 8, n. 3, sarebbe inesatta. Al contrario, taluni acquisti di fondi sarebbero già stati assoggettati ad una procedura di autorizzazione preliminare in forza degli artt. 5, n. 2, e 1, lett. b., del *Vorarlberger Grundverkehrsgesetz* (*LGBl.* 1977/18), nel testo modificato di cui al *LGBl.* 1987/63 (in prosieguo: il «*VGVG* 1977»). L'art. 8, n. 3, del *VGVG* sarebbe, in sostanza, identico a tale normativa, che era in vigore alla data di adesione della Repubblica d'Austria all'Unione europea. Di conseguenza, conformemente a quanto la Corte avrebbe dichiarato nelle citate sentenze *Konle* (punto 52) nonché *Beck e Bergdorf* (punto 34), esso potrebbe rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 70 dell'Atto di adesione.

54. Occorre effettivamente ricordare che una qualsiasi disposizione adottata posteriormente alla data di adesione non è, per questo solo fatto, automaticamente esclusa dal regime derogatorio istituito dall'art. 70 dell'Atto di adesione. Così, se essa è sostanzialmente identica alla legislazione anteriore, o se si limita a ridurre o ad eliminare ostacoli all'esercizio dei diritti e delle libertà comunitarie che esistevano nella legislazione precedente, essa beneficerà della deroga (sentenze *Konle*, punto 52, nonché *Beck e Bergdorf*, punto 34, *cit.*).

55. Il criterio dell'identità sostanziale, che consente di includere una legislazione posteriore alla data di adesione nella sfera dell'art. 70 dell'Atto di adesione, va interpretato restrittivamente, di modo che una normativa posteriore che si basi su una logica diversa da quella del diritto anteriore e che introduca procedure nuove non può essere assimilata alla legislazione esistente al momento dell'adesione. Pertanto, il beneficio di cui all'art. 70 dell'Atto di adesione non può essere esteso a una legislazione posteriore che contenga numerose differenze significative rispetto alla legislazione esistente alla data di adesione (sentenza *Konle*, *cit.*, punto 53).

56. Nella fattispecie, spetta al giudice del rinvio valutare se l'art. 8, n. 3, del *VGVG* abbia come unico effetto quello di mantenere in vigore la legislazione concernente le residenze secondarie applicabile alla data del 1° gennaio 1995 oppure se esso contenga differenze significative che non consentano ad esso di godere della deroga istituita dall'art. 70 dell'Atto di adesione (v., in tal senso, sentenza *Beck e Bergdorf, cit.*, punto 36).

57. Occorre pertanto risolvere le prime due questioni pregiudiziali dichiarando che l'art. 73 B, n. 1, del Trattato osta a una procedura di autorizzazione preliminare quale quella istituita mediante il *VGVG* e che spetta al giudice del rinvio valutare se una siffatta procedura possa godere della deroga istituita dall'art. 70 dell'Atto di adesione.

Sulla terza questione

58. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'allegato XII, punto 1, lett. e., dell'Accordo SEE osti all'adozione, nel 1993, di una normativa che assoggetta a un regime di autorizzazione preliminare gli acquisti di fondi non edificati.

(Omissis)

65. A tal proposito, occorre ricordare che la Corte è in linea di principio competente a statuire in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'Accordo SEE, in forza dell'art. 234 CE, quando una questione del genere è sollevata dinanzi a un giudice di uno Stato membro dell'Unione europea (sentenza *Andersson e Wåkerås-Andersson, cit.*, punto 27).

66. Tuttavia, tale competenza ad interpretare l'Accordo SEE ex art. 234 CE vale unicamente per quanto concerne le Comunità. La Corte non è quindi competente a pronunciarsi sull'interpretazione di detto accordo per quanto riguarda la sua applicazione negli Stati dell'AELS (sentenza *Andersson e Wåkerås-Andersson, cit.*, punto 28).

67. Una siffatta competenza non è stata nemmeno attribuita alla Corte nell'ambito dell'Accordo SEE. Infatti, dagli artt. 108, n. 2, di quest'ultimo, e 34 dell'Accordo 2 maggio 1992 tra gli Stati AELS (EFTA) sull'istituzione di un'autorità di vigilanza e di una Corte di giustizia (*Guce* 1994, n. L 344, p. 1), risulta che la Corte AELS è competente a pronunciarsi sull'interpretazione dell'Accordo SEE applicabile negli Stati dell'AELS. Quest'ultimo non contiene alcuna disposizione che preveda una competenza parallela della Corte di giustizia (sentenza *Andersson e Wåkerås-Andersson, cit.*, punto 29).

68. La circostanza che lo Stato dell'AELS interessato sia successivamente divenuto Stato membro dell'Unione europea, con la conseguenza che la questione sia stata posta da un giudice di uno Stato membro, non può avere l'effetto di attribuire alla Corte una competenza relativa all'interpretazione dell'Accordo SEE per quanto riguarda l'applicazione di quest'ultimo a situazioni che esulano dall'ordinamento giuridico comunitario (sentenza *Andersson e Wåkerås-Andersson, cit.*, punto 30).

69. Invero, le competenze della Corte comprendono l'interpretazione del diritto comunitario, di cui l'Accordo SEE forma parte integrante, per quanto attiene alla sua

applicazione nei nuovi Stati membri a decorrere dalla data della loro adesione (sentenza *Andersson e Wåkerås-Andersson, cit.*, punto 31).

70. Ebbene, nella fattispecie la Corte è invitata a interpretare la nozione di «normativa in vigore» ai sensi dell'allegato XII, punto 1, lett. e., dell'Accordo SEE ai fini, per il giudice del rinvio, di giudicare se il *VGVG* adottato il 23 settembre 1993 non sia più restrittivo del *VGVG* 1977 e se l'Accordo SEE ostasse nel 1993 a questa modificazione legislativa. La Corte sarebbe in tal modo invitata a pronunciarsi sugli effetti dell'Accordo SEE nell'ordinamento giuridico nazionale del giudice del rinvio per il periodo anteriore all'adesione della Repubblica d'Austria all'Unione europea, ossia in una situazione che esula dall'ordinamento giuridico comunitario.

71. Alla luce di ciò, occorre dichiarare che la Corte non è competente a risolvere la terza questione proposta.

(Omissis)

ANCORA SULLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE "PURAMENTE INTERNA": LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *SALZMANN*

Sommario: *Premessa - 1. Il fatto alla base del ricorso - 2. Il contesto giuridico della controversia. Acquisto di un immobile nel Land di Salisburgo da parte di un acquirente austriaco. Si può parlare di situazione puramente interna in materia di libera circolazione dei capitali?*

Premessa

Con la sentenza *Salzmann* che qui si commenta¹ la Corte di giustizia, ancora una volta, è intervenuta sul difficile tema della legittimità dei regimi di acquisti della proprietà immobiliare nei *Länder* austriaci. Anche questa volta, come nei precedenti casi *Konle*² e *Reisch*³, la Corte ha chiarito la illegittimità di tali misure.

La stessa, infatti, ha rilevato nel regime di acquisti di proprietà immobiliari di un *Land* austriaco una restrizione alla libera circolazione dei capitali. Invero, a suo giudizio, le misure nazionali suddette avevano lo scopo di consentire alle autorità competenti dello Stato membro di opporsi a tali acquisti, costituendo un evidente deterrente per gli investitori degli altri Stati membri ad investire i propri capitali in questo Stato membro. La previa autorizzazione all'acquisto di un immobile, richiesta dall'autorità amministrativa, infatti, scoraggiava il possibile acquirente transfrontaliero dall'impiegare i propri capi-

¹ Sentenza del 15 maggio 2003 in causa n. C-300/01, *Salzmann*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4899.

² Sentenza del 1° giugno 1999 in causa n. C-302/97, *Konle*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3099.

³ Sentenza del 5 marzo 2002 in causa n. C-515/99, *Reisch*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2157.

tali in questo Stato membro. Occorre precisare, ancora, che il giudice comunitario sostiene che siffatta limitazione alla libertà di circolazione dei capitali non trova nella misura nazionale alcuna giustificazione valida. In altre parole l'obiettivo a tutela del patrimonio che la legge austriaca di trasferimento immobiliare, il *Vorarlberger grundverkehrs-gesetz (VGVG)*, si proponeva di realizzare – vale a dire la tutela del territorio – non era tale da giustificare una siffatta limitazione. In proposito si ricorda che, ai sensi del diritto comunitario, la libera circolazione dei capitali può essere limitata da una normativa nazionale solo se quest'ultima soddisfa determinati requisiti: *a.* la normativa, deve essere giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico; *b.* idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Come vedremo nel prosieguo, la Corte ha ritenuto queste condizioni non soddisfatte dalla disposizione nazionale controversa.

Inoltre, subordinare l'acquisto di un immobile ad una previa autorizzazione rilasciata da un'autorità nazionale significa pregiudicare l'effetto diretto dei diritti garantiti ai cittadini comunitari dal Trattato o comunque renderli in sostanza indisponibili. La previa autorizzazione all'acquisto finisce, infatti, per attribuire all'autorità nazionale un congruo potere discrezionale tale da far venir meno l'effetto diretto delle disposizioni sulla libera circolazione dei capitali e nello stesso tempo generare una discriminazione, fondata sulla nazionalità, a danno dei cittadini dell'Unione europea.

Come è noto la libertà di circolazione dei capitali è una delle «cinque»⁴ libertà fondamentali del Trattato Ce, libertà che definirei «costituzionali», che più di tutte ha consentito la realizzazione del mercato interno. Essa è considerata opportunamente come il giusto corollario della realizzazione della libera circolazione delle merci⁵.

Nel caso in esame un'ulteriore restrizione appare riscontrabile con riguardo al diritto di proprietà. Tale diritto risulta leso ove si pensi che la legge austriaca in materia di acquisti di beni immobili pone una restrizione al diritto di proprietà del possibile acquirente; quest'ultimo, infatti, si trova ad essere

⁴ Si è ritenuto di poter aggiungere una «quinta» libertà fondamentale, quella del diritto di stabilimento, del tutto autonoma dalle altre, vale a dire: la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. In merito cfr. T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 440. Sul punto si veda anche il testo del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, Convenzione europea, Lussemburgo, Ufficio delle Pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2003, dove nella parte I del Titolo I del Progetto, all'art. 4 si legge: «la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento sono garantite all'interno e da parte dell'Unione europea in conformità delle disposizioni della Costituzione».

⁵ Sul punto, cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 497 ss.

privato del suo diritto di proprietà giacché non può disporre pienamente e a suo piacimento⁶.

Per meglio comprendere tali argomentazioni è necessario fare un cenno al quadro normativo nazionale austriaco.

La legge sul trasferimento di beni immobili nel *Land* del Vorarlberg stabilisce che tutti gli acquisti di terreni sono, in linea di principio, subordinati alla previa autorizzazione in materia immobiliare. In caso di diniego di tale autorizzazione, non è possibile procedere alla registrazione catastale dell'acquisto, necessaria per far insorgere il diritto di proprietà. In tale ultima ipotesi, infatti, l'acquisto risulterà nullo per disposizione espressa di legge. Ne deriva quindi una limitazione dell'acquirente al diritto di acquisire una proprietà allorché si impedisce a quest'ultimo di acquistare liberamente, come nel caso di specie, un bene immobile, sia esso terreno edificato o edificabile.

Si tratta di una evidente limitazione al diritto di proprietà incompatibile con il diritto comunitario⁷. Infatti, come la Corte di Lussemburgo ha più volte affermato nelle sue pronunce⁸, il diritto di proprietà nell'ordinamento comunitario non costituisce una prerogativa assoluta. Il diritto di proprietà garantito dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, lungi dal costituire prerogativa assoluta, va considerato alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela⁹. In realtà, è la funzione sociale a determinare la portata concreta della garanzia della proprietà¹⁰. Sebbene, quindi, l'art. 295 del Trattato Ce sembri garantire *prima facie* la libertà a ciascuno Stato membro di regolare il diritto di proprietà nel proprio ordinamento, senza alcuna restrizione da parte dell'ordinamento comunitario, occorre tuttavia che tali misure nazionali non interferiscano in modo negativo con i principi «costitu-

⁶ Sulle limitazioni al diritto di proprietà cfr. M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, ESI, 2002, p. 155.

⁷ Cfr. M. FRAGOLA, *Limitazioni al contenuto minimo della proprietà*, loc. cit.

⁸ Si riportano qui di seguito le principali sentenze della Corte dove questo corollario viene sancito: 18 marzo 1980 in cause riunite n. 154-205/79, *Valsabbia*, in *Raccolta*, 1980, p. 907; 19 giugno 1980 in causa n. 41/79, *Testa*, in *Raccolta*, 1980, p. 1997; 9 dicembre 1982 in causa n. 25/81, *Metallurgici*, in *Raccolta*, 1982, p. 4261; 19 aprile 1983 in causa n. 113/82, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1983, p. 1173; 6 dicembre 1984 in causa n. 59/83, *Biovilac*, in *Raccolta*, 1984, p. 4957; 19 settembre 1985 in causa n. 17/84, *Hoogevens*, in *Raccolta*, 1985, p. 2831; 14 gennaio 1987 in causa n. 281/84, *Zuckerfabrik Bedburg*, in *Raccolta*, 1987, p. 49; 11 luglio 1989 in causa n. 265/87, *Schröder*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237 e in questa *Rivista*, 1991, p. 59 con commento di M. LUGATO, *Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, p. 67; 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf*, in *Raccolta*, 1989, p. 2609; 22 ottobre 1991 in causa n. C-44/89, *Van Deetzen*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5119; sentenza del 29 aprile 1999 in causa n. C-293/97, *Queen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2603 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 92. Cfr. M. FRAGOLA, *Il diritto di proprietà transfrontaliero nella Comunità europea: in margine alla sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2000 nel caso Albore*, in questa *Rivista*, 2001, p. 681, *ivi* giurisprudenza citata.

⁹ In argomento L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 53. M. FRAGOLA, loc. cit.

¹⁰ Così l'Avvocato Generale REISCHL nelle sue conclusioni presentate nel caso *Testa*, sentenza del 19 giugno 1980, cit. *supra*, nota 8.

zionali» di tale ordinamento¹¹ e, quindi, nel caso di specie con la libertà di circolazione dei capitali. Ne discende dunque, che tali restrizioni possono nondimeno essere ammesse ove le norme nazionali perseguano in maniera non discriminatoria un obiettivo di interesse generale e rispettino il principio di proporzionalità¹²; nel senso che esse non debbano costituire, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e/o inaccettabile tale da ledere la sostanza del diritto e quindi privare il proprietario del suo diritto, ovvero restringerne l'uso. Siffatte misure sono quelle che hanno come conseguenza di impedire al titolare di disporre pienamente del suo diritto e di esercitarlo per altri scopi non vietati dalla legge.

Nel caso *Salzmann*, la misura nazionale è stata adottata per realizzare un interesse generale, vale a dire per impedire l'acquisto di fondi da parte di soggetti che non hanno nessuna intenzione di costruire o comunque di farlo in tempi brevi, in modo da fornire un uso più giudizioso dello spazio immobiliare edificabile: essa tuttavia è sproporzionata rispetto all'obiettivo che si prefigge di raggiungere.

¹¹ Come è noto l'art. 295 CE che rinumerava l'art. 222 Cee stabilisce che «il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». In argomento si rimanda a M. FRAGOLA, *Il diritto di proprietà «trasfrontaliero» nella Comunità europea*, loc. cit., p. 677; L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà*, loc. cit., p. 53; R. QUADRI - R. MONACO - A. TRABUCCHI, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1620.

¹² Trattasi di un principio fondamentale del diritto comunitario enunciato dal Trattato Ce all'art. 5, par. 3, ai sensi del quale «l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato». Questo principio, però, non va confuso con un altro principio del diritto comunitario, vale a dire quello di sussidiarietà, contenuto nel medesimo articolo, al primo comma. I due principi intervengono successivamente a due livelli diversi dell'azione comunitaria. L'uno, quello di sussidiarietà, condiziona l'avvio di una azione della Comunità, mentre il secondo ne delimita l'ampiezza. In altri termini il principio di sussidiarietà interviene a monte dell'azione comunitaria nel senso che la Comunità interviene nelle materie concorrenti soltanto e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono essere meglio realizzati a livello comunitario; viceversa il principio della proporzionalità interviene a valle di tale azione. Ne deriva pertanto che il principio di proporzionalità è preso in considerazione in ordine ad una azione già intrapresa. Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale LEGER presentate nel caso *Regno Unito c. Consiglio*, sentenza del 12 novembre 1996 in causa n. C-84/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5783. Sempre sul principio di proporzionalità, da ultimo cfr. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 43 dove l'autore si dissocia dalla impostazione funzionalistica dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà che vede i due principi funzionali alla divisione di competenze tra Stati membri e Comunità. Secondo l'autore invece «tale interpretazione riduce i principi in esame al dato strutturale del riparto di competenze tra i diversi ordinamenti, comunitario ed interno; l'impostazione in esame oltre a contrastare con la lettera e lo spirito degli artt. 5 CE e 6, par. 4, del TUE, non appare del tutto in sintonia con i nuovi orizzonti sviluppati dopo Amsterdam dall'Unione in materia di diritti fondamentali, i quali assumono rilievo ben oltre una definita attribuzione di competenze agli organismi comunitari ed a quelli nazionali»; M. LUGATO, *Principio di proporzionalità di atti comunitari*, cit. supra, nota 8, p. 84 dove l'autrice afferma che «il principio di proporzionalità rappresenta un limite implicito all'esercizio dell'attività normativa da parte delle istituzioni comunitarie. Quindi anche quando detta attività sia destinata ad incidere sui diritti fondamentali dei singoli, è prioritario il raggiungimento di un interesse generale e che i limiti imposti ai diritti fondamentali dei singoli non siano sproporzionati rispetto ai fini perseguiti».

Infatti, la realizzazione di tale interesse generale è in rotta di collisione con la realizzazione del mercato interno perché, di fatto, come rileva la Corte di giustizia, vi è una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali¹³.

Da costante giurisprudenza della Corte di giustizia si desume che autorizzazioni preliminari che derogano ad una libertà fondamentale del Trattato sono consentite allorché circoscrivano in maniera rilevante il potere discrezionale delle autorità nazionali¹⁴. Nel caso in esame risulta, infatti, che non è possibile determinare le circostanze obiettive specifiche in presenza delle quali l'autorizzazione verrà concessa o negata. La mancanza di precisazioni sui criteri seguiti dall'amministrazione per la valutazione dei requisiti di cui all'art. 8 del *VGVG*, fa sì che all'amministrazione si attribuisca un potere discrezionale tale da ledere il principio della certezza del diritto¹⁵. Una siffatta indeterminatezza non consente ai singoli di conoscere la portata dei diritti loro attribuiti dall'art. 56 del Trattato Ce.

Ciò che emerge dalle decisioni della Corte nei casi *Albore*, *Konle*, *Reisch* e da ultimo nel caso *Salzmann* è la presenza negli ordinamenti giuridici nazionali di restrizioni ad una libertà fondamentale del Trattato quale la libertà di circolazione dei capitali, ancorché del tutto liberalizzata¹⁶ dal diritto comu-

¹³ Una limitazione che come detto finisce per impedire la realizzazione del mercato interno che si configura come una più ampia funzione sociale e quindi come una funzione sociale comunitaria. In argomento cfr. M. FRAGOLA, *Limitazioni al contenuto minimo della proprietà*, cit. supra, nota 6, p. 276.

¹⁴ Sentenza 20 febbraio 2001 in causa n. C-205/99, *Analir*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1271, punto 38, dove si afferma che: «un regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroga ad una libertà fondamentale, deve essere fondato in ogni caso su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo alle imprese interessate, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario»; sentenza del 4 giugno 2002 in causa n. C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4731; sentenza 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satellite Digital*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607.

¹⁵ Trattasi di un principio costruito in via pretoria dalla Corte di giustizia delle Comunità europee e dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee, attraverso le loro pronunce, che stabilisce «che la normativa comunitaria sia certa e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti e che ogni atto comunitario che produca effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell'interessato, in modo tale che questi posseda la certezza del momento a decorrere dal quale l'atto stesso esiste ed è produttivo di effetti giuridici. Questa necessità s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare conseguenze finanziarie, al fine di consentire agli interessati di riconoscere con esattezza l'estensione degli obblighi ch'essa impone». Le sentenze dalle quali emerge tale principio sono: 22 gennaio 1997 in causa n. T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 39; 21 ottobre 1997 in causa n. T-229/94, *Deutsche Bahn AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1689; 15 ottobre 1997 in causa n. T-331/94, *IPK-Munche GmbH c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1665; 19 marzo 1997 in causa n. T-73/95, *Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 381; sentenza della Corte 29 aprile 2004 in causa C-91/01, *Repubblica italiana c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁶ Sulle restrizioni ai movimenti di capitali da ultimo la sentenza dell'11 gennaio 2001 in causa n. C-464/98, *Stefan*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 73, dove la Corte afferma che «l'art. 56 CE deve essere interpretato nel senso che si oppone ad una normativa di uno Stato membro che obbliga ad iscrivere in moneta nazionale un'ipoteca destinata alla garanzia di un credito pagabile nella moneta di un altro Stato membro»; sentenza del 26 settembre 2000 in causa n. C-478/98, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7587, punto 18; nello stesso senso le sentenze del 16 marzo 1999 in causa

nitario. Alla luce di quanto emerso, può pertanto notarsi come la funzione sociale del diritto di proprietà e la realizzazione dell'interesse generale nell'ordinamento comunitario arretrino di fronte alla realizzazione del mercato interno, che quindi configura una più ampia e prevalente «funzione sociale comunitaria»¹⁷.

1. Il fatto alla base del ricorso ed il rinvio pregiudiziale

La sentenza trae origine da un ricorso pregiudiziale proposto dal *Landesgericht Feldkirch* (Austria) a seguito di una denuncia ad esso presentata riguardante la mancata iscrizione nei registri immobiliari dell'acquisto di un immobile nel *Land* di Vorarlberg (Austria). Nella fattispecie, la signora Salzmänn si opponeva dinanzi al giudice nazionale alla decisione del Pretore di Bregenz, di non procedere alla trascrizione nei registri catastali del suo acquisto perché non conforme alle disposizioni del *VGVG*. Infatti la signora Salzmänn, cittadina austriaca, aveva acquistato dal signor Walter Schneider, cittadino austriaco, un fondo edificabile sito nel comune di residenza della ricorrente, senza il rilascio della preventiva autorizzazione amministrativa disciplinata dall'art. 8, n. 3, del *VGVG*. La ricorrente chiedeva l'iscrizione del suo acquisto nei registri catastali allegando una semplice dichiarazione come quella prevista dall'art. 7 del *VGVG* che disciplina l'acquisto di fondi edificati. Il Pretore di Bregenz – valutata l'assenza della preventiva autorizzazione all'acquisto del fondo edificabile – si rifiutò di registrare l'avvenuta transazione immobiliare. Secondo la ricorrente la procedura di autorizzazione preliminare è in contrasto con gli obblighi comunitari incombenti alla Repubblica d'Austria perché viola la libertà di circolazione dei capitali e, in secondo luogo, perché tale limitazione non è giustificabile da motivi di interesse generale. Il giudice nazionale adito presentava domanda di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, al fine di ricevere la corretta interpretazione dell'art. 56 CE) e dell'Allegato XII, punto 1, lett. e. dell'Accordo sullo spazio economico europeo del 2 maggio 1992, per risolvere la questione. In particolare, il giudice nazionale chiedeva in sostanza alla Corte se l'art. 56 del Trattato dovesse essere interpretato nel senso che esso osti ad una procedura di autorizzazione preliminare quale quella prevista dal regime di acquisto di beni immobili istituito dal *VGVG*.

n. C-222/97, *Trummer e Mayer*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1661, punto 26 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 304; del 14 ottobre 1999 in causa n. C-439/97, *Sandoz*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7041, punto 19; del 14 novembre 1995 in causa n. C-484/93, *Svensson e Gustavsson*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3955, punto 10 e annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 130.

¹⁷ Così M. FRAGOLA, *Limitazioni al contenuto minimo della proprietà*, cit. supra, nota 6, p. 276 dove l'autore parla «(...) della funzione comunitaria positiva e negativa che si sovrappone, talvolta integrandola tal'altra comprimendola alla funzione sociale che l'ordinamento nazionale riconosce quale interesse prioritario da tutelare».

2. Il contesto giuridico della controversia. Acquisto di un immobile nel Land di Salisburgo da parte di un acquirente austriaco. Si può parlare di situazione puramente interna in materia di libera circolazione dei capitali?

Dall'analisi della sentenza della Corte e dei fatti alla base della controversia si comprende come la *quaestio iuris* sia da ricercare nel tenore della legge austriaca. Tale legge stabilisce che tutti gli acquisti di terreni sono, in linea di principio, subordinati alla più volte citata autorizzazione amministrativa. In caso di diniego di tale autorizzazione, non è possibile procedere alla registrazione catastale dell'acquisto necessaria alla costituzione in capo all'acquirente del diritto di proprietà. La legge sul trasferimento di beni immobili nel Land Vorarlberg prevede una disciplina diversa a seconda che si tratti di fondi edificati o di fondi non edificati. Per quanto riguarda i fondi non edificati l'art. 8, n. 3, lett. b., dispone che il nulla osta all'acquisto viene rilasciato se l'acquirente dimostra che entro un congruo periodo di tempo il fondo sarà utilizzato per una delle destinazioni previste dal piano regolatore generale o per lo svolgimento di attività pubbliche di interesse generale. Inoltre il nulla osta è rilasciato se l'acquirente non utilizzerà l'immobile ai fini di villeggiatura. Con riferimento ai fondi edificati, sempre l'art. 7 del *VGVG*, prevede una deroga all'autorizzazione da parte dell'autorità competente in materia immobiliare qualora l'acquirente rilasci una dichiarazione scritta indicando che il fondo è edificato, che l'acquisto non è avvenuto per motivi di villeggiatura e che egli è in possesso della cittadinanza austriaca o che soddisfa uno dei requisiti di cui all'art. 3 del *VGVG*. Ai sensi di detto articolo, infatti, gli acquirenti che non hanno la cittadinanza austriaca, ma che sono cittadini di un altro Stato membro, beneficiano della parità di trattamento con gli acquirenti austriaci, nel caso in cui invocino le libertà fondamentali dell'Unione europea.

In ambito comunitario la normativa austriaca deve essere valutata alla luce delle disposizioni sulla libera circolazione dei capitali. Quindi il fondamento giuridico della questione *de qua* è da ricercarsi sia nelle disposizioni contenute negli artt. 56 e seguenti del Trattato Ce, sia nella legge *VGVG*. Analizzando il caso concreto emergerebbe, *prima facie*, la circostanza che si tratta di una situazione puramente interna, giacché la materia del contendere è da ascrivere al diritto nazionale e pertanto ad una prima valutazione esonererebbe la Corte dal pronunciarsi. Manca, infatti, nella causa alla base del ricorso il carattere transfrontaliero giacché le parti in causa risiedono tutti nello stesso Stato membro. Il punto di vista della Corte, come vedremo, sarà di tutt'altro tenore.

Stabilire quando si è in presenza di una situazione puramente interna¹⁸

¹⁸ Sulla definizione di situazione puramente interna cfr. sentenza del 19 marzo 1992 in causa n. C-60/91, *Batista Morais*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2105, punto 7 in cui la Corte ha statuito: «le disposizioni in materia di libera circolazione delle persone dei servizi e dei capitali non possono essere applicate ad attività in cui tutti gli elementi sono circoscritti all'interno di un solo Stato mem-

non è una procedura facile giacché due esigenze necessitano di tutela: l'una evitare – come autorevole dottrina¹⁹ afferma – che si faccia un abuso del rinvio pregiudiziale attraverso la creazione da parte dei giudici nazionali di casi artificiali; l'altra evitare che la Corte tralasci di fornire l'interpretazione del diritto comunitario sulla base dell'assenza del carattere transfrontaliero. Carattere, quest'ultimo, che non si riferisce solo alla soluzione del caso all'interno di un solo Stato membro ma anche alla portata transfrontaliera delle misure nazionali. In altre parole non già l'appartenenza delle parti in causa a due Stati membri diversi rileva ai fini della ricevibilità del ricorso, ma la portata stessa delle norme nazionali e quindi la possibilità che esse possano avere effetti in un altro Stato membro. La Corte fino ad oggi non ha fornito un indirizzo costante. Ed è proprio siffatta ambiguità che rende difficile il formarsi di un orientamento giurisprudenziale in ordine a situazioni puramente interne. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la Corte di giustizia ha ritenuto irricevibili alcuni rinvii da parte del giudice nazionale sul rilievo che si trattava di situazioni alle quali non era applicabile il diritto comunitario²⁰. Recentemente, invece, a fronte di rinvii presentati aventi ad oggetto le disposizioni riguardanti la libera circolazione delle persone²¹, delle merci²² e la libera prestazione dei servizi²³, sebbene ad un primo approccio apparisse evidente il contenuto puramente interno della controversia, la Corte ha ritenuto ricevibili tali rinvii. In tal senso si è pronunciata la Corte di giustizia nel citato caso *Angonese*. Alla luce di questa nuova tendenza la Corte sembrerebbe orientata a pronunciarsi

bro». Ancora sul punto cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale LENZ presentate nel caso *Petit*, specialmente ai punti 12 e seguenti dove sostiene che: «si può affermare che nel sistema giuridico comunitario esiste il principio secondo il quale il diritto comunitario non si applica a situazioni puramente interne ed i cittadini nazionali non sono legittimati a far valere la parità di trattamento con i cittadini di altri Stati membri. In compenso i cittadini nazionali possono benissimo invocare a loro favore le norme di diritto comunitario qualora la loro situazione presenti un elemento specificatamente comunitario. In linea generale, si tratta di situazioni che vanno oltre i limiti geografici del singolo Stato membro, sia per quanto riguarda l'acquisizione di un diritto sia per quanto riguarda l'esercizio di tale diritto».

¹⁹ Così P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato Cee e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, c. 47.

²⁰ Ancora la Corte ha dichiarato in più occasioni che le disposizioni del Trattato Ce in materia di libera circolazione delle persone e dei servizi non si applicano a situazioni che sotto il loro profilo sono interne ad uno Stato membro. In argomento cfr. tra le altre le sentenze del 21 ottobre 1999 in causa n. C-97/98, *Jagerskiold*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7345; del 19 marzo 1992 in causa n. C-60/91, *Batista Morais*, cit. *supra*, nota 18, p. 2103; del 23 aprile 1991 in causa n. C-41/90, *Höfner*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1979; dell'8 dicembre 1987 in causa n. 20/87, *Gauchard*, in *Raccolta*, 1987, p. 4879 e annotata in questa *Rivista*, 1988, p. 657; del 18 marzo 1980 in causa n. 52/79, *Debauve*, in *Raccolta*, 1980, p. 833.

²¹ Sentenza del 6 giugno 2000 in causa n. C-281/98, *Angonese*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4139, punto 18 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 634.

²² Sentenza del 5 dicembre 2000 in causa n. C-448/98, *Guimont*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10663, punto 19, e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 70, dove la Corte ha statuito che: «l'art. 30 del Trattato CE non può essere disatteso per il solo fatto che, nella fattispecie concreta sottoposta all'esame del giudice nazionale, tutti gli elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro».

²³ Si veda da ultimo la sentenza del 14 novembre 2002 in causa n. C-411/00, *Felix Swoboda GMBH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10567, punto 33.

senza il previo accertamento delle circostanze che hanno indotto il giudice nazionale ad operare il rinvio²⁴. Secondo parte della dottrina, infatti, «quando il giudice nazionale considera di dover utilizzare una fonte comunitaria per risolvere il suo caso, la Corte di giustizia è in linea di principio obbligata a fornire una risposta, anche se, nella sua valutazione, la fonte comunitaria sia inconferente rispetto alla fattispecie concreta»²⁵.

Il medesimo indirizzo è stato seguito dalla Corte di giustizia, che ha ritenuto ricevibile il ricorso pregiudiziale anche in tema di libera prestazione dei servizi²⁶ in ordine ad un rinvio proveniente da un giudice austriaco, riguardante l'interpretazione della direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee²⁷ che coordina la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici dei servizi.

In questa occasione nel caso *Felix Swoboda*, a fronte di osservazioni circa l'assenza di elementi transfrontalieri fatte dalla Banca Centrale della Repubblica d'Austria, interveniente nella causa, la Corte ha ritenuto ricevibile il ricorso. La stessa, infatti, ha respinto le osservazioni sollevate precisando che sebbene l'appalto non includesse elementi transfrontalieri, ciò non era di per sé idoneo «a dispensare l'amministrazione aggiudicatrice dal rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva n. 92/50/Cee²⁸». Inoltre la Corte a testimonianza della sua presa di posizione ha citato il ventesimo *considerando* della direttiva secondo il quale «tale direttiva mira precisamente a migliorare l'accesso dei fornitori di servizi alle procedure di aggiudicazione, al fine di eliminare pratiche che restringono la concorrenza in generale e limitano, in particolare, la partecipazione di cittadini di altri Stati membri agli appalti²⁹».

Per quanto qui interessa, ritornando al caso *Salzmann*, la Corte di giustizia ha riconosciuto espressamente³⁰ l'assenza di una situazione puramente in-

²⁴ Da ultimo cfr. sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Arduino*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529, punto 24 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 95; sentenza del 13 marzo 2001 in causa n. C-379/98, *Preussen Elektra*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2099 e in questa *Rivista*, 2001, p. 457 con commento di L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come «prendere seriamente» le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, p. 473; sentenza del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921, punto 59 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323.

²⁵ Così G. GORI, *Il rinvio pregiudiziale e la collaborazione tra la Corte di giustizia delle Comunità europee ed i giudici nazionali alla luce della giurisprudenza recente*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, p. 732.

²⁶ Si veda da ultimo la sentenza del 14 novembre 2002, *cit. supra*, nota 23.

²⁷ *Guce* n. L 209 del 24 luglio 1992, p. 1.

²⁸ Cfr. sentenza del 14 novembre 2002, *loc. cit.*, punto 33.

²⁹ Cfr. sentenza del 14 novembre 2002, *loc. ult. cit.*, punto 33.

³⁰ Nel caso *Salzmann*, *cit. supra*, nota 1, infatti, la Corte di giustizia ha statuito che: «Nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 234 CE, la Corte è, in linea di principio, tenuta a decidere, qualora le questioni proposte vertano sull'interpretazione del diritto comunitario. Inoltre, in linea di principio, spetta unicamente ai giudici nazionali valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale

terna, anche se, dalla analisi dei fatti, si può evincere che gli elementi necessari alla risoluzione della controversia si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro. La Corte, tuttavia, pronunciandosi sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale ha chiarito che tale constatazione non implica che non vadano risolte le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte nella presente causa: «(...) in linea di principio spetta unicamente ai giudici nazionali valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale sia la sua rilevanza (...)»³¹.

Ciò che rileva nel caso in analisi è l'apparente inversione di rotta operata dalla Corte di giustizia³². A tal riguardo, infatti, la Corte non ha contestato «la nazionalità» dei fatti, ma ha ribadito che l'interpretazione del diritto comunitario avrebbe potuto essere utile al giudice nazionale. Risulta, invece, che il giudice nazionale chiese l'interpretazione delle disposizioni del Trattato al solo fine di valutare se queste erano state tali da condizionare gli effetti delle norme nazionali che avrebbe dovuto applicare. Non è questo il primo caso nel quale la Corte ha mostrato una sorte di «benevolenza» nel ritenere ricevibile un ricorso³³.

Si pensi al caso *Reisch* in ordine alla compatibilità con la libera circolazione dei capitali del regime normativo di acquisto di beni immobili del *Land* di Salisburgo. Per tale regime, la cessione della proprietà di un fondo edificabile avrebbe dovuto essere subordinata alla presentazione di un'attestazione rilasciata dietro dichiarazione e, in taluni casi, ad un nulla osta al trasferimento. Una delle parti intervenute nella causa contestò la ricevibilità del rinvio pregiudiziale sostenendo che la controversia nella causa principale aveva carattere puramente interno, poiché avente ad oggetto l'acquisto di un fondo si-

sia la sua rilevanza. Ne discende che le questioni proposte dal giudice nazionale, nel contesto che esso definisce sotto la propria responsabilità sia in diritto sia in fatto e sulla cui esattezza non spetta alla Corte giudicare, godono di una presunzione di rilevanza. La Corte si esime dal pronunciarsi solo nel caso eccezionale in cui appare manifesto che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha nessun rapporto con le circostanze di fatto o con l'oggetto della controversia nella causa principale.

L'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga che un cittadino del proprio ordinamento goda di quegli stessi diritti che i cittadini degli altri Stati membri ricaverrebbero dal diritto comunitario in una situazione identica non corrisponde alla suddetta ipotesi eccezionale. Al contrario, in una situazione del genere la soluzione della Corte può essere utile al giudice nazionale» (massima n. 1 della sentenza).

³¹ Cfr. sentenza del 15 maggio 2003, *cit. supra*, nota 1, punto 30.

³² Cfr. sentenza del 15 maggio 2003, *loc. cit.*

³³ Da ultimo cfr. sentenza del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, dove la Corte – chiamata a pronunciarsi in ordine alla ricevibilità di un rinvio pregiudiziale, a fronte della domanda di irricevibilità presentata dal convenuto in quanto i fatti su cui verteva la causa principale riguardavano una situazione puramente interna – ha optato per la ricevibilità dello stesso. In particolare la Corte ha sancito, rispettivamente ai punti 19 e 21, che: «(...) l'art. 28 CE non può essere disatteso per il solo fatto che nella fattispecie concreta sottoposta all'esame del giudice nazionale, tutti gli elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro (...)». «Nel caso di specie non risulta in modo manifesto che l'interpretazione sollecitata del diritto comunitario non sarebbe necessaria per il giudice nazionale (...)».

tuato in Austria da parte di una società austriaca. La Corte, in tale occasione, pur constatando l'assenza del carattere trasfrontaliero ha tuttavia aggiunto che tali circostanze non la dispensavano dal risolvere le questioni pregiudiziali, giacché spetta unicamente ai giudici nazionali investiti della controversia valutare – tenuto conto della peculiarità di ogni questione – sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale sia la rilevanza delle questioni sottoposte. L'irricevibilità è possibile solo laddove appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario non ha alcuna rilevanza con l'effettività o l'oggetto della controversia nella causa principale³⁴.

A nostro avviso, se è vero che dalla cooperazione tra giudice nazionale e giudice di Lussemburgo, il primo, il giudice *a quo*, è competente a stabilire se la soluzione della questione sollevata sia necessaria per emanare la sua sentenza³⁵, è pur vero che la Corte di giustizia investita di una domanda pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione di una norma comunitaria dovrebbe sempre pronunciarsi sulla questione, salvo quanto già detto in precedenza. Pertanto, alla nostra domanda iniziale occorre rispondere che la Corte non dovrebbe trincerarsi dietro la nozione di situazione puramente interna per dichiarare la irricevibilità del ricorso, bensì dovrebbe in ogni caso pronunciarsi salvo in caso di palese rinvio artificioso o fittizio³⁶. Né possono inoltre valere ipotetiche argomentazioni circa l'aumento del volume di lavoro della Corte, giacché non pare plausibile che una Corte con funzioni di garanzie tanto ampie possa assumere mere valutazioni quantitative, tralasciando le valutazioni di diritto necessarie al giudice *a quo* per risolvere la controversia.

Concludendo, si ritiene che la definizione di situazione puramente interna sia ancora tutta da definire fondandosi l'operato della Corte su *obiter dicta* valorizzati da alcune sentenze specifiche. Il che non comporta evidentemente una prassi giurisprudenziale costante ed univoca, sebbene – come già accen-

³⁴ Cfr. sentenza del 15 maggio 2003, *cit. supra*, nota 1, punto 25.

³⁵ Così P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato Cee*, *cit. supra*, nota 19, c. 32.

³⁶ Il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale è possibile solo quando risulti in maniera manifesta che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcun rapporto con la materia o l'oggetto della controversia di cui alla causa *a qua*, o quando il problema è di natura ipotetica o quando la Corte non dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari per risolvere in modo utile le questioni sottoposte. In argomento cfr. tra le altre le sentenze: del 13 luglio 2000 in causa n. C-36/99, *Idéal tourisme*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6049, punto 20; del 26 settembre 2000 in causa n. C-322/98, *Kachelmann*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7505, punto 17; del 17 maggio 2001 in causa n. C-340/99, *TNT Traco*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7505, punto 31; del 16 dicembre 1981 in causa n. 244/80, *Foglia c. Novello*, in *Raccolta*, 1981, p. 3045, punto 18, dove la Corte di giustizia ha precisato che «l'art. 177 affida alla Corte il compito non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche, ma di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri. Ad essa non compete pertanto la soluzione di questioni di interpretazione che le siano poste nell'ambito di schemi processuali precostituiti dalle parti al fine di indurla a pronunciarsi su taluni problemi di diritto comunitario non rispondenti ad una necessità obiettiva inerente alla definizione della controversia. Una declaratoria di incompetenza in una tale ipotesi non arreca alcun pregiudizio alle prerogative del giudice nazionale, ma consente di evitare l'utilizzazione del procedimento di cui all'art. 177 ai fini diversi da quello che gli sono propri».

nato in precedenza – è da ritenere esistente nell'ordinamento comunitario, se non un vero e proprio obbligo giuridico, un dovere di assistenza per la risoluzione di questioni che comunque attengono al diritto comunitario cui i giudici del Lussemburgo non possono sottrarsi. Obbligo sancito implicitamente dall'art. 220 del Trattato istitutivo della Comunità europea.

Rosanna Meoli*

* Cultore di Diritto delle Comunità europee e di Diritto Internazionale presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi del Sannio; borsista presso il Centro di Documentazione e cultura europea della medesima Università.

**PATTO DI STABILITÀ: LA COMMISSIONE HA IL DIRITTO
DI INIZIATIVA NELLA TUTELA DELLE FINANZE PUBBLICHE.
IL CONSIGLIO NON PUÒ MODIFICARE LE RACCOMANDAZIONI
ADOTTATE AI SENSI DELL'ART. 104 CE**

Corte di giustizia

Sentenza del 13 luglio 2004 in causa n. C-27/04*

Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea

Ricorso in annullamento - Art. 104 CE - Procedura per disavanzi pubblici eccessivi - Conclusioni del Consiglio: sospensione della procedura; modifica di raccomandazioni precedentemente adottate - Nullità.

Il ricorso della Commissione delle Comunità europee, in quanto diretto a far annullare la mancata adozione da parte del Consiglio dei provvedimenti formali contenuti nelle raccomandazioni della Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE, è irricevibile.

Le conclusioni del Consiglio del 25 novembre 2003 adottate nei confronti, rispettivamente, della Repubblica francese e della Repubblica federale di Germania sono annullate in quanto contengono una decisione di sospendere la procedura per i disavanzi eccessivi e una decisione che modifica le raccomandazioni precedentemente adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

(Omissis) In diritto

1. Con ricorso depositato presso la cancelleria della Corte il 27 gennaio 2004, la Commissione delle Comunità europee ha chiesto, ai sensi dell'art. 230 CE, l'annullamento di atti del Consiglio dell'Unione europea del 25 novembre 2003, ossia:

- delle decisioni di non adottare, nei confronti della Repubblica francese e della

* In argomento v. *infra*, p. 65 ss., il commento di *ELISA PRESUTTI*.

Repubblica federale tedesca, i provvedimenti formali contenuti nelle raccomandazioni della Commissione ex art. 104, nn. 8 e 9, CE, e

- delle conclusioni adottate nei confronti di ciascuno di tali due Stati membri, intitolate «conclusioni del Consiglio relative alla valutazione delle misure adottate [rispettivamente dalla Repubblica francese e dalla Repubblica federale tedesca] in risposta alle raccomandazioni del Consiglio ai sensi dell'art. 104, par. 7, del Trattato che istituisce la Comunità europea e che prendono in esame ulteriori misure volte alla riduzione del disavanzo per correggere la situazione di disavanzo eccessivo» (in prosieguo: le «conclusioni del Consiglio»), in quanto tali conclusioni comportano la sospensione della procedura per i disavanzi eccessivi (in prosieguo: la «procedura per disavanzo eccessivo»), il ricorso ad un provvedimento non previsto dal Trattato e la modifica delle raccomandazioni decise dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

(Omissis)

Conclusioni delle parti

22. La Commissione chiede che la Corte voglia:

- annullare, da un lato, le decisioni del Consiglio di non adottare i provvedimenti formali contenuti nelle raccomandazioni della Commissione ex art. 104, nn. 8 e 9, CE, dall'altro, le conclusioni del Consiglio in quanto comportano la sospensione della procedura per disavanzo eccessivo, il ricorso ad un provvedimento non previsto dal Trattato e la modifica delle raccomandazioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE;

- condannare il Consiglio alle spese.

23. Il Consiglio chiede che la Corte voglia:

- dichiarare il ricorso irricevibile;

- in subordine, respingerlo;

- condannare la Commissione alle spese.

Sulla ricevibilità del ricorso

24. Il Consiglio eccepisce l'irricevibilità del ricorso della Commissione, in quanto diretto a far annullare sia le decisioni del Consiglio di non adottare i provvedimenti formali contenuti nelle raccomandazioni della Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE sia le conclusioni del Consiglio riguardanti, rispettivamente, la Repubblica francese e la Repubblica federale di Germania.

Sulla domanda di annullamento della mancata adozione da parte del Consiglio dei provvedimenti formali contenuti nelle raccomandazioni della Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE

Argomenti delle parti

(Omissis)

Giudizio della Corte

29. Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 104, n. 13, CE, e fatto salvo l'art. 122, nn. 3 e 5, CE, il Consiglio, nell'adottare le decisioni di cui ai nn. 7-9 della

medesima disposizione, delibera su raccomandazione della Commissione alla maggioranza dei due terzi dei voti dei propri membri conformemente all'art. 205, n. 2, CE, ed escludendo i voti del rappresentante dello Stato membro in questione.

30. Pertanto, la decisione del Consiglio, di cui all'art. 104, n. 8, CE, di rendere pubbliche le sue raccomandazioni qualora determini che non è stato dato seguito effettivo alle medesime, può essere adottata solo con la maggioranza ricordata al precedente punto della presente sentenza. Lo stesso dicasi della decisione del Consiglio, di cui all'art. 104, n. 9, CE, di intimare allo Stato membro in questione di prendere, entro un termine stabilito, le misure volte alla riduzione del disavanzo che il Consiglio ritiene necessaria per correggere la situazione di disavanzo eccessivo.

31. Quindi, allorché la Commissione raccomanda al Consiglio di adottare decisioni ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE e in seno al Consiglio non viene raggiunta la maggioranza necessaria, non viene adottata alcuna decisione ai sensi di tali disposizioni.

32. Peraltro, non esiste alcuna disposizione di diritto comunitario che stabilisca un termine alla scadenza del quale si ritenga intervenire una decisione implicita ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE e che definisca il contenuto di tale decisione.

33. Sebbene, come si evince dal sedicesimo "*considerando*" del regolamento n. 1467/97, il determinarsi di un disavanzo eccessivo nella terza fase costituisca un fatto grave al quale gli interessati dovrebbero reagire tempestivamente e il detto regolamento stabilisca termini che devono essere rispettati, la scadenza di tali termini non impedisce tuttavia al Consiglio di adottare gli atti raccomandati dalla Commissione. Come risulta dal dodicesimo "*considerando*" del regolamento n. 1467/97, infatti, i termini stabiliti in tale regolamento mirano ad assicurare la tempestiva ed efficace attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi. Sarebbe quindi in contrasto con tale obiettivo far discendere dalla scadenza dei suddetti termini la decadenza del Consiglio dal potere di adottare gli atti raccomandati dalla Commissione nell'ambito di tale procedura. Una siffatta decadenza comporterebbe, eventualmente, la necessità di ricominciare la procedura.

34. Alla luce di quanto precede occorre dichiarare che la mancata adozione da parte del Consiglio degli atti previsti all'art. 104, nn. 8 e 9, CE e raccomandati dalla Commissione non può essere considerata dar luogo ad atti impugnabili ai sensi dell'art. 230 CE.

35. Va ricordato che, nel caso in cui il Consiglio non adotti i provvedimenti formali raccomandati dalla Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE, quest'ultima può esperire il rimedio giuridico di cui all'art. 232 CE, nel rispetto dei presupposti ivi stabiliti.

36. Tenuto conto di quanto precede, il ricorso, nei limiti in cui è diretto a far annullare la mancata adozione da parte del Consiglio dei provvedimenti formali contenuti nelle raccomandazioni della Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE, è irricevibile.

Sulla domanda di annullamento delle conclusioni che riguardano, rispettivamente, la Repubblica francese e la Repubblica federale di Germania

Argomenti delle parti

(*Omissis*)

Giudizio della Corte

44. Secondo costante giurisprudenza, il ricorso di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici (v. sentenze 31 marzo 1971, causa n. 22/70, *Commissione c. Consiglio*, detta «AETR», *Raccolta*, p. 263, punto 42, e 2 marzo 1994, causa n. C-316/91, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta*, I, p. 625, punto 8).

45. Nella fattispecie, occorre verificare se le conclusioni del Consiglio mirino a produrre effetti del genere.

46. Al punto 6 di tali conclusioni, il Consiglio precisa che decide di tenere in sospenso la procedura per disavanzo eccessivo e si dichiara pronto a prendere una decisione ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE qualora emergesse che lo Stato membro interessato non abbia agito in conformità degli impegni stabiliti nelle dette conclusioni.

47. A questo proposito, occorre innanzi tutto constatare che le decisioni di sospendere le procedure per disavanzo eccessivo in corso, ove siano subordinate al rispetto degli impegni assunti dagli Stati membri interessati, non si limitano, contrariamente a quanto sostiene il Consiglio, a confermare una sospensione di fatto conseguente alla mancata adozione degli atti raccomandati dalla Commissione nell'ambito dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE.

48. Si deve inoltre rilevare che gli impegni di cui trattasi sono impegni unilaterali, assunti dai due Stati membri interessati al di fuori dell'ambito delle raccomandazioni decise in precedenza ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE. Il Consiglio così subordina un'eventuale decisione d'intervento ex art. 104, n. 9, CE ad una valutazione che non avrà più come parametro di riferimento il contenuto delle raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE, ma gli impegni unilaterali dello Stato membro interessato.

49. Infine occorre constatare che, operando in tal guisa, il Consiglio modifica anche di fatto le raccomandazioni precedentemente adottate ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE, in particolare in quanto, nelle stesse conclusioni, esso proroga il termine per riportare il disavanzo pubblico al di sotto della soglia del 3% del PIL e modifica, di conseguenza, la rilevanza delle misure di risanamento richieste.

50. Da quanto precede si evince che le conclusioni del Consiglio mirano a produrre effetti giuridici, almeno nei limiti in cui sospendono le procedure per disavanzo eccessivo in corso e modificano di fatto le raccomandazioni precedentemente adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

51. Ne consegue che il ricorso, nei limiti in cui è diretto contro tali conclusioni, è ricevibile.

Nel merito

52. La Commissione chiede l'annullamento delle conclusioni del Consiglio adottate nei confronti di ciascuno degli Stati membri interessati in quanto comportano la sospensione della procedura per disavanzo eccessivo, il ricorso a un provvedimento non previsto dal Trattato e la modifica delle raccomandazioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

Argomenti delle parti

(Omissis)

Giudizio della Corte

65. Si deve osservare che, in sostanza, nonostante la formulazione del ricorso, la Commissione chiede l'annullamento delle conclusioni del Consiglio solo in quanto esse contengono una decisione di sospendere la procedura per disavanzo eccessivo e una decisione che modifica le raccomandazioni precedentemente indirizzate allo Stato membro interessato.

66. La richiesta formale di annullamento delle dette conclusioni, nei limiti in cui esse comportano anche il ricorso a un provvedimento non previsto dal Trattato, in realtà, non costituisce una richiesta autonoma, ma piuttosto un argomento formulato a sostegno della domanda di annullamento di cui al precedente punto della presente sentenza.

67. Occorre esaminare quest'ultima domanda dopo avere chiarito, in via preliminare, la *ratio* della procedura per disavanzo eccessivo.

Ratio della procedura per disavanzo eccessivo

68. Secondo l'art. 4, nn. 1 e 2, CE, l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri e, parallelamente, l'istituzione dell'UEM. Conformemente al n. 3 del medesimo articolo, tale azione implica il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile.

69. L'art. 104, n. 1, CE impone agli Stati membri di evitare disavanzi pubblici eccessivi.

70. L'obiettivo della procedura per disavanzo eccessivo prevista all'art. 104, nn. 2-13, CE è quello di sollecitare e, all'occorrenza, costringere lo Stato membro interessato a ridurre l'eventuale disavanzo constatato.

71. Le regole sancite all'art. 104 CE sono precisate e rafforzate dal patto di stabilità e crescita, che consiste, segnatamente, nella risoluzione del Consiglio europeo 17 giugno 1997 e nel regolamento n. 1467/97.

72. La risoluzione del Consiglio europeo 17 giugno 1997 sottolinea l'importanza cruciale di garantire la disciplina di bilancio nella terza fase dell'UEM. Alla luce di tale constatazione, essa invita solennemente il Consiglio a impegnarsi ad attuare con rigore e tempestività tutti gli elementi del patto di stabilità e crescita di sua competenza e a considerare come limiti massimi le scadenze previste per l'applicazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

73. L'ottavo "*considerando*" del regolamento n. 1467/97 constata che, nella terza fase dell'UEM è necessaria una disciplina di bilancio per salvaguardare la stabilità dei prezzi. Il sedicesimo "*considerando*" del medesimo regolamento rileva che il determinarsi di un disavanzo eccessivo in questa terza fase costituisce un fatto grave al quale gli interessati dovrebbero reagire tempestivamente.

74. In tale contesto, caratterizzato dall'importanza che gli autori del Trattato riservano al rispetto della disciplina di bilancio e dalla finalità delle norme previste per l'attuazione di tale disciplina, occorre fornire alle dette norme un'interpretazione che assicuri tutto il loro effetto utile.

75. Occorre rilevare che, in forza dell'art. 104, n. 10, CE, il diritto della Commissione e del Consiglio di proporre un ricorso per inadempimento contro uno Stato

membro, ai sensi degli artt. 226 CE e 227 CE, non può essere esercitato nell'ambito dell'art. 104, nn. 1-9.

76. Come sottolineato dalla Commissione, la responsabilità di far rispettare agli Stati membri la disciplina di bilancio spetta essenzialmente al Consiglio.

77. La procedura per disavanzo eccessivo è una procedura per fasi, che può sfociare nell'imposizione di sanzioni a norma dell'art. 104, n. 11, CE.

78. L'art. 104 CE precisa le modalità di svolgimento di ciascuna fase, nonché i ruoli e i rispettivi poteri delle istituzioni coinvolte. Il regolamento n. 1467/97, adottato all'unanimità a norma dell'art. 104, n. 14, secondo comma, CE, stabilisce un quadro rigoroso di scadenze da rispettare nell'attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, al fine, secondo il suo dodicesimo "*considerando*" di assicurarne il tempestivo ed efficace funzionamento. Esso prevede, all'art. 9, la sospensione della procedura per disavanzo eccessivo qualora lo Stato membro interessato ottemperi alle raccomandazioni o all'intimazione di cui, rispettivamente, ai nn. 7 e 9 dell'art. 104 CE. Esso prevede altresì, all'art. 10, una sorveglianza sull'attuazione delle misure adottate dallo Stato membro interessato.

79. Ad ogni fase della procedura che implica l'intervento del Consiglio corrisponde un atto di cui la Commissione raccomanda l'adozione da parte di quest'ultimo. Ogni fase presuppone che il Consiglio esamini se lo Stato membro ha rispettato gli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 104, CE e, in particolare, quelli derivanti dalle raccomandazioni e dalle decisioni adottate in precedenza dal Consiglio.

80. Come ammesso dalla Commissione, il Consiglio dispone di un potere discrezionale. Investito di raccomandazioni della Commissione e non di proposte ai sensi dell'art. 250 CE, esso può, in particolare in base a una diversa valutazione dei dati economici rilevanti, delle misure da adottare e del calendario che lo Stato membro interessato deve rispettare, modificare l'atto raccomandato dalla Commissione, con la maggioranza necessaria per l'adozione di tale atto.

81. Tuttavia, risulta dalla formulazione e dalla *ratio* del sistema instaurato dal Trattato che il Consiglio non può disancorarsi dalle norme sancite dall'art. 104 CE e da quelle che esso stesso si è imposto nel regolamento n. 1467/97. Infatti, esso non può ricorrere a una procedura alternativa, ad esempio per adottare un atto diverso dalla decisione stessa prevista in una fase determinata o per adottare un atto a condizioni diverse da quelle imposte dalle disposizioni applicabili.

82. È alla luce di questa constatazione che occorre esaminare se le conclusioni del Consiglio devono essere annullate in quanto contengono una decisione di sospendere la procedura per disavanzo eccessivo e una decisione che modifica di fatto le raccomandazioni precedentemente adottate dal Consiglio in applicazione dell'art. 104, n. 7, CE.

Sospensione della procedura per disavanzo eccessivo

83. Secondo il diciassettesimo "*considerando*" del regolamento n. 1467/97, occorre sospendere la procedura per disavanzo eccessivo qualora lo Stato membro interessato adotti opportuni provvedimenti in ottemperanza ad una raccomandazione formulata ai sensi dell'art. 104 n. 7 o ad un'intimazione formulata ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE, al fine di incentivare gli Stati membri ad adottare misure correttive.

84. L'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1467/97 dispone che la procedura per disa-

vanzo eccessivo è sospesa qualora lo Stato membro interessato ottemperi a una raccomandazione o a un'intimazione del Consiglio.

85. Né l'art. 104 CE né il regolamento n. 1467/97 prevede la possibilità di decidere una sospensione in altre ipotesi.

86. Come sostiene il Consiglio, una sospensione di fatto può risultare dalla circostanza che esso, investito di una raccomandazione della Commissione, non riesce ad adottare una decisione per mancato raggiungimento della maggioranza necessaria.

87. Tuttavia, nel caso di specie, le conclusioni impugnate enunciano espressamente che il Consiglio «conviene di tenere in sospeso la procedura per disavanzo eccessivo nei confronti del[lo Stato membro interessato]» ed «è pronto a prendere una decisione ai sensi dell'art. 104, par. 9, sulla base di una raccomandazione della Commissione, qualora [il detto Stato membro] (...) non abbia agito in conformità degli impegni stabiliti nelle presenti conclusioni [...]».

88. Con le sue affermazioni il Consiglio non si limita a constatare una sospensione di fatto della procedura per disavanzo eccessivo derivante dall'impossibilità di adottare una decisione raccomandata dalla Commissione, impossibilità cui potrebbe farsi fronte in qualsiasi momento. Le conclusioni del Consiglio, in quanto subordinano la sospensione al rispetto da parte dello Stato membro interessato dei propri impegni, limitano il potere del Consiglio di procedere ad un'intimazione ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE sulla base della precedente raccomandazione della Commissione, fintantoché si ritenga che gli impegni sono rispettati. Nel far ciò, esse prevedono, inoltre, che la valutazione del Consiglio ai fini di una decisione d'intimazione, vale a dire ai fini del passaggio a una fase successiva della procedura per disavanzo eccessivo, non avrà più come parametro di riferimento il contenuto delle raccomandazioni già formulate ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE all'indirizzo dello Stato membro interessato, ma quello degli impegni unilaterali assunti da quest'ultimo.

89. Una siffatta decisione di sospensione viola gli artt. 104 CE e 9 del regolamento n. 1467/97.

90. Va aggiunto che, ammettendo che una sospensione di fatto può risultare dalla semplice circostanza che il Consiglio non riesca ad adottare una decisione raccomandata dalla Commissione, la Corte non prende posizione sul problema di stabilire se, in applicazione dell'art. 104, n. 9, CE, il Consiglio potrebbe essere tenuto ad adottare una decisione qualora lo Stato membro persista nel non ottemperare alle raccomandazioni ex art. 104, n. 7, CE, problema che essa non è chiamata a risolvere nell'ambito del presente procedimento.

Modifica delle raccomandazioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE

91. Conformemente all'art. 104, n. 13, CE, possono essere adottate raccomandazioni ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE solo su raccomandazione della Commissione. Come ricordato, il Consiglio ha il potere di adottare una decisione diversa da quella raccomandata dalla Commissione.

92. Tuttavia, laddove esso abbia adottato raccomandazioni ex art. 104, n. 7, CE, non può modificarle successivamente senza una nuova raccomandazione della Commissione, poiché quest'ultima, come riconosciuto dal Consiglio, ha un diritto d'iniziativa nell'ambito della procedura per i disavanzi eccessivi.

93. Nel caso di specie, il Consiglio ha adottato raccomandazioni di tal genere rivolte alla Repubblica federale di Germania, il 21 gennaio 2003, e alla Repubblica francese, il 3 giugno 2003.

94. Le conclusioni del Consiglio non sono state precedute da raccomandazioni della Commissione volte all'adozione, a norma dell'art. 104, n. 7, CE, di raccomandazioni del Consiglio diverse da quelle adottate [*rectius*: adottate] in precedenza.

95. Inoltre, le raccomandazioni contenute in tali conclusioni del Consiglio non sono state adottate secondo le modalità di voto previste per le raccomandazioni del Consiglio ex art. 104, n. 7, CE, ma secondo quelle previste per una decisione ex art. 104, n. 9, CE, vale a dire con la partecipazione al voto dei soli Stati membri appartenenti all'area dell'euro.

96. La decisione di adottare tali raccomandazioni del Consiglio, contraria all'art. 104, nn. 7 e 13, CE, è dunque viziata da illegittimità.

97. Le conclusioni del Consiglio adottate nei confronti, rispettivamente, della Repubblica francese e della Repubblica federale di Germania devono pertanto essere annullate in quanto contengono una decisione di sospendere la procedura per disavanzo eccessivo e una decisione che modifica le raccomandazioni precedentemente adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

(Omissis)

LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL PATTO DI STABILITÀ E CRESCITA: COMMENTO ALLA SENTENZA DEL 13 LUGLIO 2004

Sommario: *Introduzione - 1. Antefatti - 2. Sulla domanda di annullamento della mancata adozione dei provvedimenti raccomandati dalla Commissione al Consiglio ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE - 3. Sulla domanda di annullamento delle conclusioni del Consiglio: ricevibilità del ricorso - 4. Segue: Nel merito - 5. Osservazioni conclusive sulla pronuncia della Corte - 6. Le novità previste in materia dalla Costituzione europea.*

Introduzione

L'art. 4 del Trattato CE impone espressamente l'obbligo per gli Stati membri di mantenere "finanze pubbliche sane"; a tale principio direttivo corrisponde la procedura per disavanzi eccessivi prevista dall'art. 104 CE, volta a prevenire, ed eventualmente sanzionare, il raggiungimento da parte di uno Stato membro di un disavanzo superiore al 3% del proprio PIL e di un valore del debito pubblico superiore al 60% del PIL¹.

Tale procedura viene specificata, oltre che rafforzata, dal Patto di stabilità e crescita del 1997, composto dalla risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997, dal regolamento del Consiglio n. 1466/97 sul rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, e dal regolamento del Consiglio n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per disavanzi eccessivi².

¹ Tali parametri sono definiti dall'art. 1 del Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato al Trattato di Maastricht.

² La risoluzione del Consiglio europeo sul Patto di stabilità e crescita del 17 giugno 1997 è pubblicata in *Guce* n. C 236 del 2 agosto 1997, p. 1 ss. I due regolamenti n. 1466/97 e n. 1467/97 sono pubblicati in *Guce* n. L 209 del 2 agosto 1997, rispettivamente p. 1 ss. e p. 6 ss. Sulla materia v. in generale S. D'ACUNTO, *Art. 104 CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 678 ss.; M. SALVADORI, *Art. 104 CE*, in F. POCAR (diretto da), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 103 ss.; F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 33 ss.

Il Patto si caratterizza per essere uno strumento vincolante di coordinamento delle politiche economiche, avente l'obiettivo di garantire una sana gestione delle finanze pubbliche, capace di imporre a tutti gli Stati membri la stessa "regola di gioco"³.

In questo "gioco" esso affida determinati diritti e poteri a due istituzioni dell'Unione – la Commissione e il Consiglio – le quali, com'è noto, sono portatrici di interessi differenti; la prima tutela l'interesse comunitario, mentre il secondo si fa voce degli interessi degli Stati. Anche, o forse soprattutto per questo motivo, in una materia tanto delicata come la politica economica, sussiste il rischio di conflitti interistituzionali, palesatosi il 25 novembre 2003. In questa data, il Consiglio, a seguito della mancata adozione delle raccomandazioni rivoltegli dalla Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE nei confronti di Francia e Germania, ha emesso delle conclusioni attraverso le quali ha sostanzialmente decretato la sospensione delle procedure per disavanzi eccessivi a carico degli stessi due Stati.

Tale atteggiamento è stato fin da subito aspramente criticato dalla Commissione, la quale ha fatto ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità Europee, chiedendo, da un lato, l'annullamento della decisione del Consiglio di non adottare le raccomandazioni rivoltegli dalla Commissione ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE, e dall'altro l'annullamento delle conclusioni dell'ECOFIN in quanto atti non previsti dal Trattato.

Nella sentenza resa il 13 luglio 2004⁴, la Corte, nel difficile tentativo di mantenere l'equilibrio interistituzionale, ha in parte avallato la posizione del Consiglio, laddove ha dichiarato l'irricevibilità della prima parte del ricorso, non rinvenendo nella mancata adozione delle raccomandazioni della Commissione alcuna decisione; per altro verso, ha concordato con la Commissione circa la necessità di annullare le conclusioni del Consiglio in quanto atti non previsti dal Trattato.

1. Antefatti

Nel novembre 2002 è stata avviata una procedura per disavanzo eccessivo nei confronti della Germania, poiché il suo *deficit* superava di 0,5 punti

³ In merito v. B. ANGEL, *Le Pacte de stabilité est-il mort?*, *RMCUE*, 2004, p. 145 ss., spec. p. 146.

⁴ Causa n. C-27/04, *Commissione c. Consiglio*. La sentenza non è ancora stata pubblicata in *Raccolta*; il suo testo è attualmente disponibile nel sito internet della Corte di giustizia: www.curia.eu.int. Si noti che, su richiesta della Commissione, il 13 febbraio 2004 il Presidente della Corte ha disposto che questa causa fosse sottoposta al procedimento accelerato previsto dall'art. 62 *bis* del regolamento di procedura della Corte.

percentuali la soglia del 3% e, secondo le stime della Commissione, sarebbe aumentato nell'anno successivo.

Il Consiglio, dopo aver constatato l'esistenza di tale disavanzo ai sensi dell'art. 104, n. 6, CE⁵, ha raccomandato al Governo tedesco di porre fine alla situazione di disavanzo attraverso una serie di misure, conformemente al disposto del par. 7 dello stesso art. 104 CE e dell'art. 3, n. 4, del regolamento n. 1467/97. Esso ha inoltre fissato al 21 maggio 2003 il termine per l'adozione di tali misure.

Scaduto tale termine, il Consiglio ha ritenuto che le misure adottate dalla Germania avessero avuto effetto, quindi la procedura per disavanzi eccessivi è stata implicitamente sospesa.

Anche nei confronti della Francia, nell'aprile del 2003 è stata avviata la stessa procedura⁶, fissando al 3 ottobre 2003 il limite per l'adozione delle misure necessarie al risanamento del *deficit* contestatole.

Pochi giorni dopo la scadenza di tale data, la Commissione ha indirizzato al Consiglio una raccomandazione di decisione a norma dell'art. 104, n. 8, CE affinché esso constatasse pubblicamente che la Francia non aveva dato seguito alla raccomandazione del Consiglio ex art. 104, n. 7, CE. A questa ha fatto poi seguito un'ulteriore raccomandazione, nella quale la Commissione ha chiesto al Consiglio di decidere, ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE, di intimare alla Repubblica francese di adottare misure per ridurre il proprio disavanzo⁷.

In novembre la Commissione è poi ritornata sulla situazione delle finanze tedesche, rilevando che le misure adottate in conformità alla raccomandazione del Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE, non erano state adeguate. Pertanto, la Commissione ha raccomandato al Consiglio di adottare una decisione, ex art. 104, n. 8, CE, nella quale, anche per la Germania, venisse constatato pubblicamente quanto da essa rilevato. Contemporaneamente ha anche raccomandato al Consiglio di adottare nei confronti di tale Stato una decisione del tutto simile a quella raccomandata per la Francia il mese precedente⁸.

Il 25 novembre 2003 il Consiglio, composto per l'occasione dai ministri delle finanze degli Stati dell'Unione, ha quindi votato le suddette raccomandazioni di decisione presentate dalla Commissione. Per quanto concerne le

⁵ Decisione del Consiglio n. 2003/89/Ce del 21 gennaio 2003 sull'esistenza di un disavanzo eccessivo in Germania, in *Guce* n. L 34 dell'11 febbraio 2003, p. 16 ss.

⁶ Con la decisione n. 2003/487/Ce del 3 giugno 2003, in *Gu-Ue* n. L 165 del 3 luglio 2003, p. 29 ss., il Consiglio ha constatato l'esistenza di un disavanzo eccessivo in Francia e ha quindi raccomandato al Governo francese di adottare misure volte al risanamento delle proprie finanze.

⁷ In particolare la Commissione ha raccomandato di ingiungere a tale Stato membro di porre rimedio alla situazione di disavanzo entro il 2005 e di realizzare entro il 2004 un miglioramento annuale del saldo corretto per il ciclo dell'1% del suo PIL.

⁸ Nel caso della Germania, la Commissione ha proposto di intimare allo Stato membro di porre rimedio alla situazione di disavanzo entro il 2005 e di realizzare entro il 2004 un miglioramento annuale del saldo corretto per il ciclo dello 0,8% del suo PIL.

decisioni volte a rendere pubblica la constatazione dell'inadeguatezza delle misure adottate dai due Paesi, conformemente a quanto affermato dall'art. 104, n. 13, CE hanno preso parte al voto tutti gli Stati membri eccetto lo Stato interessato, ma, non essendo stata raggiunta la maggioranza necessaria (due terzi dei voti), le decisioni non sono state adottate. Per ciò che concerne invece le raccomandazioni di decisione a norma dell'art. 104, n. 9, CE, conformemente agli artt. 104, n. 13 e 122, nn. 3 e 5, CE, hanno preso parte al voto solo gli Stati che hanno adottato la moneta unica, eccetto lo Stato membro interessato. Anche in questo caso, però, non è stata raggiunta la maggioranza necessaria per adottare tali decisioni (due terzi dei voti).

Lo stesso giorno il Consiglio, applicando le norme sulla votazione relative alle decisioni di cui all'art. 104, n. 9, CE appena citate, ha emanato delle conclusioni sostanzialmente simili per entrambi i Paesi in questione, intitolate «Conclusioni del Consiglio relative alla valutazione delle misure adottate [rispettivamente dalla Germania e dalla Francia] in risposta alle raccomandazioni del Consiglio ai sensi dell'articolo 104, paragrafo 7 del Trattato che istituisce la Comunità europea e che prendono in esame ulteriori misure volte alla riduzione del disavanzo per correggere la situazione di disavanzo eccessivo»⁹.

Entrambi gli atti si aprono con un elenco di considerazioni di cui il Consiglio ha tenuto conto nella valutazione della situazione di bilancio dei due Paesi, dopodiché si riconosce ai due Stati il fatto di aver adottato misure strutturali per risanare il proprio disavanzo, come era stato loro raccomandato, e il Consiglio «si compiace dell'impegno assunto pubblicamente [dallo Stato membro interessato] di attuare le misure necessarie ad assicurare che, al più tardi nel 2005, il disavanzo discenda sotto il 3% del PIL».

Al quarto punto delle conclusioni, deviando da quanto previsto dall'art. 104 CE rispetto al potere di iniziativa della Commissione, il Consiglio rivolge ai due Stati una serie di raccomandazioni nelle quali sostanzialmente viene loro chiesto di porre termine alla situazione di disavanzo entro il 2005, di impegnarsi per la riduzione annua del disavanzo per il 2004 e per il 2005 e di proseguire gli sforzi di risanamento di bilancio negli anni successivi al 2005.

Alla luce degli impegni così prefissati, il Consiglio non solo ha deciso di non procedere sulla base delle raccomandazioni di decisione presentate ad esso dalla Commissione ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE ma è anche giunto a dichiarare la sospensione della procedura per disavanzi eccessivi per entrambi gli Stati interessati, pur affermando di ritenersi pronto a prendere una decisione ex art. 104, n. 9, CE, sulla base delle raccomandazioni della Commissione,

⁹ Per il testo completo delle conclusioni dell'ECOFIN del 25 novembre 2003 v. l'indirizzo internet www.europa.eu.int/rapid/pressreleaseaction.do in cui è possibile trovare il comunicato stampa relativo al «2546th Council meeting- Economic Affairs- Brussels, 25 November 2003».

qualora i due Stati non dovessero agire in conformità degli impegni stabiliti in questa occasione.

Il dissenso della Commissione nei confronti di tale atteggiamento del Consiglio emerge chiaramente sin dalla dichiarazione che fa seguito alle conclusioni dell'ECOFIN¹⁰. In essa la Commissione afferma che il Consiglio ha respinto le raccomandazioni da essa presentate a norma dell'art. 104, n. 8, CE nei confronti di Germania e Francia senza addurre le opportune motivazioni, peraltro previste dalla risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997 relativa al Patto di stabilità e crescita. La stessa Commissione definisce deplorabile il fatto che il Consiglio non si sia attenuto allo spirito e alle norme previste dal Trattato e dal Patto di stabilità e afferma che «solo un sistema regolamentato è in grado di garantire l'adempimento degli impegni assunti e un equo trattamento di tutti gli Stati membri». Infine, essa si riserva il diritto di esaminare le conseguenze delle conclusioni del Consiglio e di decidere eventuali misure ulteriori¹¹. E così è stato.

Il 27 gennaio 2004 la Commissione ha fatto ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità europee, secondo le modalità previste dall'art. 230 CE, chiedendo che venissero annullate da un lato la decisione del Consiglio di non adottare le misure da essa raccomandate ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE, e dall'altro le conclusioni con le quali il Consiglio sospende le procedure per disavanzi eccessivi nei confronti di Germania e Francia e modifica le raccomandazioni da esso precedentemente formulate per correggere i loro disavanzi.

2. Sulla domanda di annullamento della mancata adozione dei provvedimenti raccomandati dalla Commissione al Consiglio ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE

Per ciò che concerne l'annullamento della decisione del Consiglio di non adottare le misure raccomandate dalla Commissione ex art. 104, nn. 8 e 9,

¹⁰ In seguito all'adozione delle Conclusioni dell'ECOFIN la Commissione ha messo a verbale del Consiglio la dichiarazione cui si fa riferimento nel testo. Cfr. il comunicato stampa citato nella nota precedente.

¹¹ Molto interessante per comprendere la posizione della Commissione è anche la dichiarazione rilasciata il 26 novembre 2003 dal Presidente Romano Prodi nella quale si afferma, fra l'altro: «Il Consiglio ha accolto gli impegni espressi da Germania e Francia di consolidare il bilancio nel 2004, impegni che sono sostanzialmente in linea con le leggi finanziarie presentate in questi Paesi. La Commissione aveva chiesto uno sforzo di consolidamento supplementare perché per entrambi i Paesi c'è il rischio serio che il disavanzo rimanga sopra il 3% del PIL per il quarto anno consecutivo nel 2005 (...). Per quanto riguarda la procedura, il Consiglio non può utilizzare misure estemporanee per sospendere o emendare il Patto ogni volta che le sue norme sono severe o scomode (...) Ho fiducia che gli Stati membri interpretino la dichiarazione finale del Consiglio di ieri come un segnale della necessità di rinnovare l'impegno a favore della crescita e della stabilità e di applicare le regole in modo più ordinato. Allo stesso tempo, gli eventi di ieri indicano che la situazione attuale non è più soddisfacente». Per il testo completo cfr.: www.europa.eu.int/comm/commissioner/prodi/index_it.htm

CE, il Consiglio ha sostenuto l'irricevibilità del ricorso poiché non si tratterebbe di una decisione, che in quanto tale potrebbe essere annullata, ma della mancata adozione di un provvedimento, dovuta al fatto che non è stata raggiunta la maggioranza necessaria. In questo senso non si tratterebbe, secondo il Consiglio, nemmeno di una decisione implicita.

A detta della Commissione, invece, il voto con cui il Consiglio si è pronunciato nell'ambito dell'art. 104 CE sulle raccomandazioni da essa rivoltegli affinché adottasse la determinazione di cui al n. 8 o procedesse all'intimazione di cui al n. 9 di questo stesso articolo, costituisce una decisione e quindi un atto impugnabile. In definitiva, rifiutandosi di constatare che Germania e Francia non avevano adottato alcun provvedimento efficace, il Consiglio avrebbe deciso, anche se implicitamente, che questi due Paesi in realtà avevano adottato provvedimenti efficaci.

In tal modo, si pone anzitutto un problema di qualificazione, relativo alla necessità di comprendere se la mancata adozione delle raccomandazioni della Commissione configuri o meno una decisione implicita o costituisca piuttosto un caso di inazione del Consiglio.

Sulla questione la Corte – affermando che «allorché la Commissione raccomanda al Consiglio di adottare decisioni ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE e in seno al Consiglio non viene raggiunta la maggioranza necessaria, non viene adottata alcuna decisione ai sensi di tale disposizione» – finisce col suffragare la posizione del Consiglio e col dichiarare questa parte del ricorso irricevibile¹².

A conferma di ciò, la Corte ha anche sottolineato che non esiste alcuna disposizione di diritto comunitario che stabilisca un termine alla scadenza del quale interviene una decisione implicita ai sensi dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE e che definisca il contenuto di tale decisione; in più, anche se il regolamento n. 1467/97 indica delle scadenze precise che dovrebbero disciplinare lo svolgersi della procedura alla luce dell'importanza di agire tempestivamente in caso di deterioramento del bilancio di uno Stato membro, secondo la Corte lo scadere di tali termini non impedisce al Consiglio di adottare gli atti raccomandati dalla Commissione, poiché ciò sarebbe in contrasto con l'obiettivo di dare efficace e tempestiva attuazione alla procedura per disavanzi eccessivi. Non essendo quindi la mancata adozione dei provvedimenti raccomandati dalla Commissione un atto definitivo – fatto peraltro riconosciuto dallo stesso Con-

¹² Sul punto cfr. la presa di posizione dell'Avvocato Generale Tizzano, punti 5-51, dove egli dimostra che entrambe le qualificazioni dell'atteggiamento del Consiglio potrebbero portare al medesimo risultato e cioè all'irricevibilità del ricorso. La menzionata presa di posizione è reperibile nel sito internet della Corte di giustizia: www.curia.eu.int.

siglio al punto 6 delle proprie conclusioni¹³ – non si vede, ancora una volta, come la Commissione possa richiederne l'annullamento¹⁴.

L'unica alternativa per la Commissione sarebbe dunque stata quella di ricorrere alla Corte secondo la procedura prevista dall'art. 232 CE, cioè il ricorso in carenza, circostanza peraltro evidenziata tanto dal Consiglio quanto dalla Corte. Il primo ha infatti affermato che tale sarebbe stato il ricorso adeguato se l'obiettivo della Commissione fosse stato quello di obbligare il Consiglio ad agire; la seconda, al punto 35 della sentenza, ha affermato che «nel caso in cui il Consiglio non adotti i provvedimenti formali raccomandati dalla Commissione ai sensi dell'articolo 104, nn. 8 e 9, quest'ultima può esperire il rimedio giuridico di cui all'art. 232 CE, nel rispetto dei presupposti ivi stabiliti».

Com'è noto, una violazione del Trattato può avvenire non solo attraverso l'emanazione di un atto illegittimo, ma anche per la mancata emanazione di un atto dovuto, ed è proprio a ciò che fa riferimento l'art. 232 CE. In esso il Trattato prevede la possibilità di ricorrere alla Corte di giustizia nel momento in cui l'istituzione competente ad emanare l'atto in questione, dopo essere stata adeguatamente sollecitata dai ricorrenti, persista nella sua omissione¹⁵.

Il fatto che la Commissione non si sia mai soffermata su tale possibilità non è peraltro casuale, essendo essa ben consapevole del potere discrezionale che il Trattato affida al Consiglio nell'ambito della procedura per disavanzi eccessivi; esso, infatti, non pare imporre al Consiglio l'obbligo giuridico di adottare gli atti raccomandatigli dalla Commissione e ciò si rinviene dalla lettura dell'art. 104, n. 8 («Il Consiglio [...] può rendere pubbliche dette raccomandazioni») e del paragrafo seguente («Il Consiglio può decidere di intimare allo Stato membro di prendere le misure volte alla riduzione del disavanzo» e «può richiedere allo Stato membro di presentare relazioni [...]»). A questa istituzione viene dunque conferita una notevole discrezionalità circa la possibilità di adottare o meno gli atti raccomandati dalla Commissione e non si vede pertanto come quest'ultima potrebbe esigerne l'emanazione¹⁶.

Si noti peraltro che la Corte, per quanto concerne la sussistenza di un obbligo giuridico in capo al Consiglio circa l'adozione degli atti raccomandati dalla Commissione, non ha preso posizione, affermando, al punto 90 della

¹³ Al punto 6 di esse si legge infatti che «il Consiglio conviene di tenere in sospeso la procedura per disavanzo eccessivo nei confronti della Francia [e della Germania]. Il Consiglio è pronto a prendere una decisione ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE, sulla base di una raccomandazione della Commissione, qualora (...) la Francia [o la Germania] non abbia agito in conformità degli impegni stabiliti nelle presenti conclusioni».

¹⁴ Sul punto, per maggiori dettagli e riferimenti giurisprudenziali, cfr. quanto affermato dall'Avvocato Generale Tizzano nella presa di posizione *cit. supra*, nota 12, punti 19-51.

¹⁵ Sull'art. 232 CE v. C. HONORATI, *Art. 232 CE*, in F. POCAR (diretto da), *Commentario breve*, *cit. supra*, nota 2, p. 784 ss.

¹⁶ Sul punto cfr. F. CHALTIEL, *Le pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique*, *RMCUE*, 2004, p. 509 ss., spec. p. 514.

sentenza, di non essere chiamata a risolvere tale problema nell'ambito del procedimento in questione¹⁷.

3. Sulla domanda di annullamento delle conclusioni del Consiglio: ricevibilità del ricorso

Per quanto concerne la richiesta di annullamento delle conclusioni del Consiglio, è bene dire fin da subito che quest'ultimo ha sostenuto che le proprie conclusioni non fossero atti produttivi di effetti giuridici, ma atti di natura politica, in quanto tali non impugnabili dinanzi alla Corte. Esso ha inoltre affermato che il solo scopo e il solo effetto di tali conclusioni fossero quelli di constatare la situazione delle procedure per disavanzo eccessivo in corso e la mancata adozione delle raccomandazioni della Commissione da parte del Consiglio. La sospensione delle procedure nei confronti di Francia e Germania non discenderebbe perciò dalle conclusioni ma sarebbe un risultato diretto della mancata adozione delle raccomandazioni della Commissione.

A sostegno di ciò il Consiglio dà una propria interpretazione dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1467/97, che prevede la sospensione della procedura per disavanzi eccessivi unicamente in due casi: qualora lo Stato membro interessato ottemperi alle raccomandazioni adottate ex art. 104, n. 7, CE o qualora lo Stato membro interessato ottemperi all'intimazione di cui all'art. 104, n. 9, CE. Il Consiglio ha sostenuto che tale articolo, limitandosi a prevedere la sospensione in due ipotesi determinate, non indica in quali altre circostanze essa è possibile o vietata, né tanto meno stabilisce un meccanismo per constatare o dichiarare la sospensione della procedura¹⁸. A giudizio del Consiglio, la sospensione di una procedura in corso sarebbe implicita e sarebbe la diretta conseguenza dello scadere del termine stabilito da un atto adottato a norma dell'art. 104, nn. 7 o 9, CE. Detto questo, l'aver esplicitato tale sospensione nelle sue conclusioni non modificherebbe affatto la mancanza di effetti giuridici di queste ultime e pertanto il loro eventuale annullamento non cambierebbe la situazione di fatto o di diritto delle procedure per disavanzo eccessivo in corso.

La Commissione ha invece sottolineato il fatto che, se la sospensione delle procedure fosse realmente stata la conseguenza automatica della non ado-

¹⁷ In merito a tale atteggiamento della Corte v. *infra*, par. 6.

¹⁸ A questo riguardo cfr. il punto 132 della presa di posizione dell'Avvocato Generale Tizzano: «Non è affatto chiaro se, nel caso di specie, il Consiglio poteva procedere alla sospensione della procedura per i disavanzi eccessivi. Propenderei piuttosto per rispondere in senso positivo. È vero infatti che il regolamento prevede due sole ipotesi di sospensione, ma mi pare ragionevole ritenere che ciò non escluda altre possibilità di sospensione, rigorosamente motivate da esigenze imprevedibili e coerenti con le finalità del Trattato e del regolamento».

zione delle decisioni raccomandate, il Consiglio avrebbe potuto semplicemente constatarla, senza quindi deciderla in modo formale aggiungendovi nuove raccomandazioni.

In secondo luogo, la Commissione ha sostenuto che il Consiglio, rifiutando di constatare che Francia e Germania non avevano adottato misure efficaci e dunque decidendo che esse avevano rispettato le raccomandazioni loro rivolte ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE, avrebbe potuto sospendere le procedure per disavanzo eccessivo solo conformemente alle norme procedurali e di voto previste in riferimento a tale disposizione (partecipazione al voto di tutti i membri dell'Unione), e non secondo quanto previsto per gli atti adottati ex art. 104, n. 9, CE (partecipazione al voto dei soli Stati appartenenti all'UEM).

Secondo la Commissione, il parere del Consiglio per cui le conclusioni sarebbero atti di natura politica risulta insostenibile, trattandosi invece di atti producenti effetti giuridici rilevanti e in quanto tali suscettibili di ricorso in annullamento¹⁹.

Sulla questione, la Corte ha affermato, al punto 50 della sentenza, che «le conclusioni del Consiglio mirano a produrre effetti giuridici, almeno nei limiti in cui sospendono le procedure per disavanzo eccessivo in corso e modificano di fatto le raccomandazioni precedentemente adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE». Tale constatazione appare fondamentale ai fini della ricevibilità del ricorso per annullamento delle conclusioni del Consiglio, poiché, secondo quanto si deduce dall'ormai consolidata giurisprudenza della Corte, l'impugnabilità di un atto non dipende dal suo *nomen juris* ma dal fatto che esso sia produttivo di effetti obbligatori²⁰. Infatti, al di là di quanto ricavabile dal combinato disposto degli artt. 230 e 249 CE, che parrebbe indicare come atti impugnabili soltanto direttive, regolamenti e decisioni, la prassi si è evoluta nel senso di permettere il ricorso avverso atti con denominazione diversa ma aventi comunque effetti vincolanti²¹. Si consideri inoltre che la Commissione, in quanto ricorrente privilegiato, ha il diritto di richiedere l'an-

¹⁹ La Commissione ritiene infatti che le conclusioni adottate dal Consiglio, nella sua composizione ristretta, costituirebbero atti *sui generis* il cui principale effetto (giuridico) sarebbe quello di deviare dal quadro vincolante costituito dalle disposizioni del Trattato e dal regolamento del Consiglio n. 1467/97, sostituendo ad esso nuovi orientamenti che disciplinano la valutazione dei presupposti per intimare ad uno Stato l'adozione di determinate misure per porre rimedio ad una situazione di disavanzo eccessivo, oltre ad un nuovo quadro di sorveglianza dei disavanzi eccessivi degli Stati in questione.

²⁰ Tale orientamento viene confermato dalla Corte al punto 44 della sentenza, in cui si legge che «secondo costante giurisprudenza, il ricorso di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici».

²¹ Tale prassi è andata evolvendosi a partire dalla nota sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *AETS*, in *Raccolta*, 1971, p. 263 ss. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. S. AMADEO, *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del trattato CE*, in L. DANIELE - B. NASCIBENE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità Europea*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 146 ss.

nullamento di qualsiasi atto, senza dover dimostrare il proprio interesse specifico ad agire, poiché esso corrisponde all'interesse generale della Comunità al rispetto del diritto comunitario. Peraltro, ciò che più conta, nel caso di specie, è proprio la capacità dell'atto impugnato di incidere sulla ripartizione delle competenze e sull'equilibrio istituzionale fissati dal Trattato.

Sulla base di tutte queste considerazioni, è facile comprendere la posizione assunta sul punto dalla Corte, la quale giunge a constatare che le decisioni di sospendere le procedure per disavanzi eccessivi in corso, essendo subordinate agli impegni presi dagli Stati interessati in occasione dell'adozione delle conclusioni, non si limitano, diversamente da quanto sostenuto dal Consiglio, a confermare una sospensione derivata automaticamente dalla mancata adozione delle raccomandazioni della Commissione. La Corte afferma anche che gli impegni suddetti sono impegni unilaterali, assunti dai due Stati membri al di fuori dell'ambito delle raccomandazioni decise in precedenza ex art. 104, n. 7, CE e che così facendo il Consiglio ha finito col subordinare un'eventuale futura decisione d'intervento ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE ad una valutazione che non avrà più come riferimento le raccomandazioni del 2003, ma gli impegni unilaterali stabiliti nelle conclusioni²².

In considerazione di tutto ciò, la Corte quindi conferma l'opinione della Commissione, e cioè il fatto che le conclusioni del Consiglio sono ben lungi dal poter essere considerate meri atti politici attestanti semplicemente una situazione di fatto. Esse producono invece effetti giuridici rilevanti e in quanto tali costituiscono atti impugnabili dinanzi alla Corte.

4. *Segue: Nel merito*

La Commissione, volendo tutelare il proprio potere di iniziativa e di sorveglianza in materia di politica economica, ha richiesto l'annullamento delle conclusioni del Consiglio. Esse, come già spiegato, comportano la sospensione delle procedure per disavanzi eccessivi, il ricorso ad un provvedimento non previsto dal Trattato e la modifica delle raccomandazioni adottate dal Consiglio nei confronti di Germania e Francia nel 2003. Secondo la Commissione, sospendendo la procedura per disavanzi eccessivi il Consiglio avrebbe violato: *a.* l'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1467/97, poiché dalle conclusioni non si evince che lo Stato interessato abbia ottemperato agli obblighi discendenti dalle raccomandazioni ex art. 104, n. 7, CE; *b.* le norme sul voto previ-

²² La Corte deduce tali considerazioni anche dalla lettura del punto 6 delle conclusioni del Consiglio, già *cit. supra*, nota 13, nel quale si afferma che il Consiglio decide di tenere in sospenso la procedura per disavanzo eccessivo e si dichiara pronto a prendere una decisione ai sensi dell'art. 104, n. 9, CE qualora emergesse che lo Stato membro in questione non abbia agito conformemente agli impegni presi.

ste dal par. 13 dell'art. 104 CE, poiché un'eventuale sospensione sarebbe potuta intervenire solo nella fase prevista dall'art. 104, n. 7, CE, e «dato il parallelismo delle forme», su tali conclusioni avrebbero dovuto esprimere il loro voto tutti gli Stati membri dell'UE eccetto lo Stato interessato; *c.* infine, la lettera dell'art. 104 CE che prevede l'adozione di decisioni e non di conclusioni. Con riguardo alla modifica delle raccomandazioni precedentemente adottate dal Consiglio, la Commissione non ne ha contestato il contenuto: è noto infatti che, per quanto concerne la proroga del termine entro il quale eliminare i disavanzi, essa fosse d'accordo con il Consiglio. Ciò che ha contestato è invece l'adozione di raccomandazioni contrarie a quelle adottate in precedenza, attraverso un *modus operandi* non previsto dal Trattato.

A tutto ciò il Consiglio ha risposto affermando che le raccomandazioni adottate nel 2003 erano ormai obsolete e che adottare nuove raccomandazioni ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE sarebbe stato impossibile poiché la Commissione aveva deciso di non sottoporre al Consiglio nuove raccomandazioni su tale base. In questi termini esso ha giustificato la propria scelta di adottare le conclusioni in questione, con le quali ha inteso prendere atto dell'evoluzione della situazione economica oltre che degli impegni presi da Germania e Francia, ed ha indicato a tali Stati quali misure adottare per porre rimedio alla loro situazione di disavanzo eccessivo.

Il Consiglio ha sostenuto che tale approccio presenta numerosi vantaggi²³ ed ha affermato che così facendo si è evitato il rischio che, dopo la mancata adozione delle decisioni del Consiglio raccomandate dalla Commissione in applicazione dell'art. 104, nn. 8 e 9, CE, il silenzio del Consiglio compromettesse la credibilità del Patto di stabilità e crescita.

La Corte, nell'esprimere il proprio giudizio in merito a quanto argomentato dalle parti, precisa anzitutto che la Commissione ha richiesto l'annullamento delle citate conclusioni solo in quanto contenenti una decisione di sospensione della procedura per disavanzi eccessivi e una decisione che modifica le raccomandazioni in precedenza rivolte allo Stato membro interessato, e che quindi la richiesta di annullamento di tali atti in quanto non previsti dal Trattato, in realtà, costituisce un argomento aggiuntivo, formulato a sostegno del proprio ricorso.

²³ I vantaggi indicati dal Consiglio, elencati al punto 61 della sentenza, sono i seguenti: *a.* chiarire che le procedure per disavanzi eccessivi non erano chiuse ma semplicemente sospese in conseguenza della mancata adozione delle decisioni raccomandate dalla Commissione; *b.* prendere nota di provvedimenti che la Repubblica francese e la Repubblica federale di Germania s'impegnavano ad adottare e degli obiettivi che esse s'impegnavano a conseguire; *c.* riaffermare la volontà del Consiglio di agire, in futuro, nell'ambito dell'art. 104, n. 9, CE, qualora gli Stati membri interessati non avessero rispettato i propri impegni; *d.* chiarire il rispetto da parte del Consiglio dei principi e delle regole del Patto di stabilità e crescita.

Alla luce di ciò la Corte ha ritenuto necessario esaminare preliminarmente la *ratio* della procedura per disavanzi eccessivi²⁴ per poi giungere a stabilire il ruolo ed i poteri di Consiglio e Commissione previsti dal Trattato e dal Patto di stabilità e crescita.

Dopo aver ricordato brevemente le norme che costituiscono il quadro giuridico di riferimento della materia oggetto della controversia, la Corte fa cenno alla necessità di interpretare tali norme in modo da assicurare loro un effetto utile e sembra quasi che in questo modo essa intenda adottare un atteggiamento caratterizzato da una certa cautela, data anche la delicatezza della materia, atteggiamento che si ripresenterà in altre parti della sentenza. Ad esempio, dopo aver affermato che la responsabilità di far rispettare la disciplina di bilancio agli Stati membri spetta essenzialmente al Consiglio e che la procedura per disavanzi eccessivi è una procedura per fasi che *può* sfociare nell'imposizione di sanzioni (ribadendo così il notevole potere discrezionale affidato al Consiglio in quest'ambito), la Corte aggiunge che tale potere può però essere esercitato dal Consiglio solo a seguito di una raccomandazione indirizzata dalla Commissione che esso, con la maggioranza necessaria, può anche in parte modificare. In questo modo la Corte conferma un argomento base della Commissione e cioè l'impossibilità per il Consiglio di ricorrere ad una procedura alternativa, ad esempio per adottare un atto diverso dalla decisione o per adottare un atto attraverso modalità di voto differenti da quelle previste.

Fatte queste considerazioni la Corte passa quindi all'analisi delle conclusioni del Consiglio. Anzitutto essa riconosce il fatto che né il Trattato né il regolamento n. 1467/97 prevedono la possibilità di decidere una sospensione al di fuori delle due ipotesi espressamente previste dall'art. 9, n. 1, del regolamento appena citato ma che, come sostenuto dal Consiglio, una sospensione di fatto può legittimamente derivare dalla circostanza che esso non riesca ad adottare una decisione per mancato raggiungimento della maggioranza necessaria.

Nel caso di specie, però, la Corte ritiene che il Consiglio non si sia limitato a constatare una sospensione di fatto delle procedure nei confronti di Germania e Francia, dato che le conclusioni, subordinando la sospensione al rispetto di precisi impegni da parte dei due Stati, limitano il potere del Consiglio di procedere ad un'intimazione sulla base delle raccomandazioni della Commissione, finché tali impegni saranno rispettati. I due atti in questione, quindi, ricollegano la valutazione del Consiglio, ai fini di un'eventuale futura decisione di intimazione, agli impegni unilateralmente assunti dagli Stati attraverso le conclusioni e non più alle raccomandazioni ad essi rivolte nel 2003 ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

²⁴ Per tale analisi v. i punti 68-82 della sentenza.

Sul punto la Corte afferma dunque che «una siffatta decisione di sospensione viola gli artt. 104 CE e 9 del regolamento n. 1467/97»²⁵.

Dopodichè la Corte affronta la seconda questione sollevata da questa parte del ricorso della Commissione, vale a dire la modifica delle raccomandazioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE.

A tal proposito la Corte ribadisce il fatto che il Consiglio non possa modificare le raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 104, n. 7, CE senza ottenere una nuova raccomandazione da parte della Commissione, poiché quest'ultima è titolare di un diritto d'iniziativa nell'ambito della procedura per i disavanzi eccessivi. Nel caso specifico, ciò è stato contraddetto dall'azione del Consiglio, che ha agito senza la raccomandazione della Commissione, ed inoltre non ha rispettato le modalità di voto previste per le raccomandazioni ex art. 104, n. 7, CE, adottando invece quelle previste per le decisioni ex art. 104, n. 9, CE.

Su tali basi la Corte dichiara la decisione del Consiglio contraria all'art. 104, nn. 7 e 13, CE e dunque viziata da illegittimità, giungendo quindi ad affermare che le conclusioni del Consiglio nei confronti di Francia e Germania debbano essere annullate sia in quanto contenenti la decisione di sospendere la procedura per disavanzo eccessivo, sia in quanto contenenti una decisione che modifica le raccomandazioni precedentemente adottate dallo stesso Consiglio²⁶.

5. Osservazioni conclusive sulla pronuncia della Corte

Volendo fare un commento generale alla sentenza della Corte, potremmo dire che essa fornisce alcuni chiarimenti in merito alla procedura per disavanzi eccessivi, ma non dà alcuna risposta definitiva; anzi, dalla sentenza emerge chiaramente il problema della sussistenza di alcune imprecisioni proprie delle norme che disciplinano tale procedura, sulle quali però la Corte non si esprime, poiché, come già anticipato, non ritiene di essere chiamata a dar loro soluzione nell'ambito della controversia in questione.

Come evidenziato da alcuni autori²⁷, al cuore di questa controversia vi sono diversi giochi di potere, dei quali protagonisti principali sono gli Stati, che pur accettando di rispettare i criteri di convergenza stabiliti a Maastricht, in quanto enti sovrani non vedono di buon occhio la possibilità di ricevere sanzioni in caso di *deficit*, e le istituzioni comunitarie, le quali, come già si è detto all'inizio di questo scritto, data la natura diversa degli interessi che sono

²⁵ Cfr. punto 89 della sentenza.

²⁶ Sul punto, per una interessante valutazione della posizione delle parti, v. i punti 130-153 della presa di posizione dell'Avvocato Generale Tizzano.

²⁷ V. in particolare F. CHALTIEL, *Le pacte de stabilité*, cit. supra, nota 16, spec. p. 510.

tenute a tutelare, entrano tra loro inevitabilmente in conflitto. Appare chiaro quindi che la questione che la Corte si è trovata ad affrontare non è certo semplice, soprattutto perché, al di là degli elementi giuridici, notevole peso ha svolto il carattere politico di questa controversia.

Non è possibile quindi, a nostro avviso, criticare la Corte per non aver preso una posizione netta sulla questione e per aver adottato, come si diceva precedentemente, una certa cautela; giudicando una parte del ricorso irricevibile da un lato e annullando le conclusioni del Consiglio dall'altro, essa ha inteso tutelare tanto il potere di iniziativa della Commissione, quanto il potere discrezionale del Consiglio, riuscendo così a mantenere un equilibrio di ruoli tra le due istituzioni.

Questa sentenza ha poi fornito l'occasione a molti di riflettere sull'utilità, o meglio, sulla funzionalità del Patto di stabilità e crescita, oltre che sulle imprecisioni contenute nelle norme che disciplinano la materia di cui si sta trattando²⁸. Si tratta di riflessioni molto interessanti e di estrema attualità, sulle quali però non è il caso di soffermarsi nell'ambito di questo scritto; ciò che ora più ci interessa è verificare se la Costituzione europea, che si presume andrà a sostituire gli attuali Trattati CE e UE, contiene elementi tali da conferire maggiore certezza del diritto rispetto ad un tema tanto delicato quanto quello della tutela delle finanze pubbliche.

6. Le novità previste in materia dalla Costituzione europea

Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 introduce alcune novità nella materia oggetto di questo scritto²⁹.

L'art. 104 CE viene riproposto dall'art. III-184 della Costituzione che, pur conservandone le caratteristiche principali, apporta alcune modifiche. Anzitutto agli Stati viene nuovamente richiesto di evitare disavanzi pubblici eccessivi; il compito di vigilare sul rispetto dei relativi parametri (che restano quelli fissati a Maastricht) spetta, nella logica del diritto comunitario, ancora alla Commissione, che, nel caso in cui essi non fossero rispettati, o qualora

²⁸ A tal proposito v. B. ANGEL, *Le Pacte de stabilité est-il mort?*, cit. supra, nota 3; L. CASSETTI, *La Corte di Giustizia invoca il rispetto delle regole procedurali sui disavanzi pubblici eccessivi*, in www.federalismi.it; ancora F. CHALTIEL, *Le pacte de stabilité*, cit. supra, nota 16, nonché G. RIVISECCHI, *Il patto di stabilità al vaglio della Corte di Giustizia, tra riaffermazione della legalità comunitaria e mancata giustiziabilità sostanziale degli equilibri finanziari dell'Unione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁹ La stesura di un nuovo Trattato avrebbe potuto fornire l'occasione di inserirvi le norme del Patto di stabilità e crescita, ma, come suggerito dal Gruppo VI (gruppo di lavoro della Convenzione europea, incaricato di esaminare le questioni connesse alla politica economica dell'Unione), ciò non è avvenuto.

sussistesse il rischio di un disavanzo pubblico eccessivo, è tenuta a redigere una relazione per il Consiglio, sulla quale il Comitato economico e finanziario esprime il proprio parere. Sin qui l'art. III-184 non si discosta quindi dal precedente art. 104 CE.

In occasione del verificarsi di una situazione di disavanzo eccessivo o anche semplicemente del rischio che essa si realizzi, la Commissione trasmette un parere non più al Consiglio ma direttamente allo Stato membro interessato e contemporaneamente ne informa il Consiglio. Tale novità introdotta dalla Costituzione non deve essere sottovalutata, perché permette l'instaurarsi di un rapporto diretto tra la Commissione e lo Stato membro, di cui nel Trattato CE non vi era traccia³⁰.

L'art. III-184 introduce poi un ulteriore elemento innovativo che, a dire il vero, non sembra modificare in maniera significativa il ruolo di Consiglio e Commissione in quest'ambito. Esso infatti, al par. 6, afferma che il Consiglio, su proposta (non più quindi su raccomandazione) della Commissione e considerate le osservazioni dello Stato membro interessato, decide, dopo una valutazione globale, se esiste un disavanzo eccessivo. L'aver sostituito, in questa fase della procedura, una proposta ad una raccomandazione, come si diceva, non modifica l'equilibrio dei poteri stabilito dall'art. 104 CE. Se infatti è vero che, nel caso in cui il Consiglio si trovi nella condizione di voler emendare una proposta della Commissione, può farlo solo dopo aver raggiunto l'unanimità in merito a tale emendamento, ciò non sembra assumere un particolare rilievo nel momento in cui il Consiglio deve soltanto decidere se sussista o meno un disavanzo eccessivo.

Tale novità avrebbe certamente assunto maggior peso laddove alla Commissione fosse stata data la possibilità di inviare proposte al Consiglio nelle fasi successive della procedura. Conseguenza immediata di ciò sarebbe stato uno spostamento dell'attuale equilibrio dei poteri in favore della Commissione, dovuto al fatto che il Consiglio sarebbe stato vincolato dalla necessità di raggiungere l'unanimità per poter emendare le raccomandazioni da rivolgere agli Stati, contenute nelle proposte della Commissione³¹.

Ai sensi dell'art. III-184, invece, una volta che il Consiglio abbia deciso che esiste un disavanzo eccessivo, la Commissione invia ancora una raccomandazione al Consiglio, il quale peraltro la adotta (e se del caso la può emendare) attraverso una maggioranza differente rispetto a quella prevista dal-

³⁰ In tal senso cfr. C. DORDI -A. MALATESTA, *La politica economica e monetaria nel Progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1776 ss., spec. p. 1801: «ciò rappresenta un'importante novità che attribuisce un certo grado di discrezionalità alla Commissione riguardo alla valutazione inerente la sussistenza di un disavanzo eccessivo».

³¹ Nei dibattiti che hanno preceduto la stesura definitiva del testo della Costituzione europea, più volte è stato proposto di conferire tale potere alla Commissione, ma, ancora una volta, la volontà degli Stati di tutelare i propri interessi è prevalsa.

l'art. 104 CE. Secondo quanto stabilito dalla Costituzione, infatti, il Consiglio delibera, senza tener conto del voto dello Stato in questione, a maggioranza qualificata, con la quale si intende almeno il 55% degli altri membri del Consiglio rappresentanti Stati membri che totalizzino almeno il 65% della popolazione degli Stati membri partecipanti. Inoltre, la minoranza di blocco deve comprendere almeno il numero minimo di altri membri del Consiglio che rappresentino oltre il 35% della popolazione degli Stati membri, più un altro membro; in caso contrario la maggioranza qualificata si considera comunque raggiunta.

L'art. III-184 prevede poi, come del resto fa oggi l'art. 104 CE, che, nel caso in cui il Consiglio constati il disavanzo e, su raccomandazione della Commissione, inoltri allo Stato interessato una raccomandazione contenente le misure per porre rimedio alla situazione di disavanzo eccessivo, quest'ultimo sia tenuto a conformarvisi entro un periodo di tempo stabilito; in caso contrario, sempre su raccomandazione della Commissione, il Consiglio "può", e si noti, non "deve", rendere pubbliche tali raccomandazioni (la decisione è adottata con le stesse modalità di voto precedentemente descritte).

Per quanto concerne le fasi successive, al di là della differente maggioranza qualificata di cui si è detto, la Costituzione non apporta alcuna modifica rispetto a quanto previsto dall'art. 104 CE, lasciando quindi intatta la discrezionalità del Consiglio. Esso può quindi decidere, nel caso lo Stato oggetto delle raccomandazioni persista nel non conformarvisi, di attivare le fasi della procedura per disavanzi eccessivi che, partendo dall'intimazione, possono giungere fino ad imporre allo Stato alcune sanzioni³².

Ci pare quindi di poter affermare che, nonostante le novità introdotte dalla Costituzione, la procedura per disavanzi eccessivi rimane comunque distante dal c.d. "metodo comunitario". Prevalgono ancora valutazioni politiche e ciò è testimoniato dal fatto che le decisioni del Consiglio di intimare allo Stato interessato eventuali sanzioni sono ancora di natura discrezionale³³.

In questo modo non si dà soluzione ad un problema che talvolta viene sottovalutato, ma al quale, anche in considerazione del probabile ingresso di nuovi Stati nell'UEM, si dovrebbe dare maggior rilievo; ci riferiamo alla possibilità di disuguale trattamento degli Stati membri a seconda del ruolo non solo economico ma anche politico che essi rivestono all'interno dell'Unione.

³² Le sanzioni previste dall'art. III-184 sono le stesse di cui all'art. 104 CE: esigere che lo Stato membro interessato pubblichi informazioni supplementari, che saranno specificate dal Consiglio, prima dell'emissione di obbligazioni o altri titoli; invitare la Banca europea per gli investimenti a riconsiderare la sua politica di prestiti verso lo Stato membro in questione; esigere che lo Stato membro in questione costituisca un deposito infruttifero di importo adeguato presso l'Unione fino a quando, a parere del Consiglio, il disavanzo eccessivo non sia stato corretto; infliggere ammende di entità adeguata.

³³ V. al riguardo l'opinione di C. DORDI - A. MALATESTA, *La politica economica e monetaria*, cit. *supra*, nota 30, spec. p. 1802.

É inutile negare, infatti, che, fintanto che la procedura per disavanzi eccessivi resterà caratterizzata dalla presenza di così tante valutazioni politiche, il diverso "peso" degli Stati membri nell'Unione giocherà un ruolo fondamentale nel momento in cui il Consiglio si troverà a decidere come comportarsi nei confronti dell'uno o dell'altro membro.

Elisa Presutti*

* Dottore in Scienze politiche.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

INTRODUZIONE DELL'EURO: REGOLE APPLICABILI PER L'ARROTONDAMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 14 settembre 2004 in causa n. C-19/03

Verbraucher-Zentrale Hamburg eV /O2 (Germany) GmbH & Co. OHG

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica economica e monetaria - Regolamento Ce n. 1103/97 - Introduzione dell'euro - Conversione tra le unità monetarie nazionali e l'unità euro - Arrotondamento al centesimo più vicino degli importi da pagare o contabilizzare una volta effettuata la conversione - Contratto stipulato nel settore delle telecomunicazioni - Nozione di «importi da pagare o contabilizzare» - Tariffazione per minuto delle comunicazioni telefoniche - Violazione degli obblighi contrattuali - Compito del giudice nazionale.

Una tariffa, quale il prezzo per minuto di cui trattasi nella causa principale, non costituisce un importo monetario da pagare o contabilizzare ai sensi dell'art. 5, 1° frase, del regolamento Ce del Consiglio del 17 giugno 1997, n. 1103, relativo a talune disposizioni per l'introduzione dell'euro, e non deve pertanto essere arrotondato in tutti i casi al centesimo più vicino. La circostanza che tale tariffa riposi su un multiplo determinato dell'unità utilizzata come base di calcolo dell'importo finale fatturato o che tale tariffa rappresenti per il consumatore l'elemento determinante del prezzo dei beni o dei

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

*servizi è irrilevante ai fini di tale valutazione*¹.

*Il regolamento Ce n. 1103/97 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che importi diversi da quelli da pagare o contabilizzare siano arrotondati al centesimo più vicino, a condizione che tale prassi d'arrotondamento rispetti il principio di continuità dei contratti sancito dall'art. 3 del detto regolamento e l'obiettivo di neutralità del passaggio all'euro perseguito dallo stesso regolamento, vale a dire che siffatta prassi d'arrotondamento non influisca sugli importi contrattuali sottoscritti dagli operatori economici, ivi compresi i consumatori, e che essa non abbia una reale incidenza sul prezzo effettivamente da pagare*².

¹⁻² Il regolamento Ce n. 1103, relativo a talune disposizioni per l'introduzione dell'euro (in *Guce* n. L 162/1997, p. 1) all'art. 4 prevede che: «I tassi di conversione sono adottati con riferimento ad un euro espresso in ciascuna delle monete nazionali degli Stati membri partecipanti. Tali tassi si compongono di sei cifre significative. I tassi di conversione non vengono arrotondati o troncati all'atto delle conversioni. I tassi di conversione vengono utilizzati per le conversioni delle unità euro nelle unità monetarie nazionali e viceversa. Non si utilizzano tassi inversi derivati dai tassi di conversione. Gli importi monetari da convertire da un'unità monetaria nazionale in un'altra vengono prima convertiti in un importo monetario espresso in unità euro, arrotondato almeno fino alla terza cifra decimale, importo che viene successivamente convertito nell'altra unità monetaria nazionale. Non possono essere utilizzati metodi alternativi di calcolo, salvo se producono gli stessi risultati». Ai sensi dell'art. 5 del medesimo regolamento: «Gli importi monetari da pagare o contabilizzare, in caso d'arrotondamento dopo una conversione in unità euro effettuata conformemente all'art. 4, sono arrotondati per eccesso o per difetto al cent più vicino. Gli importi monetari da pagare o contabilizzare che sono convertiti in unità monetarie nazionali sono arrotondati per eccesso o per difetto all'unità divisionale più vicina o, in assenza di unità divisionale, all'unità più vicina, ovvero, conformemente alle norme o pratiche nazionali, ad un multiplo o ad una frazione dell'unità divisionale o dell'unità della moneta nazionale. Se l'applicazione del tasso di conversione dà un risultato che si pone a metà, la somma viene arrotondata per eccesso».

La questione pregiudiziale ha riguardato proprio l'interpretazione dell'art. 5 sopra citato. La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti da un lato, la Verbraucher-Centrale Hamburg eV e, dall'altro lato, la O2, un gestore tedesco di una rete di telefonia mobile, relativamente alle condizioni con le quali quest'ultima ha convertito in euro e quindi arrotondato il prezzo al minuto delle chiamate telefoniche fissato nei propri contratti, prezzo fino ad allora espresso in marchi tedeschi.

La O2, infatti, dall'operazione di conversione in euro degli importi indicati in DEM, ha applicato un arrotondamento avente per conseguenza una maggiorazione del prezzo delle chiamate.

L'organismo competente a perseguire le violazioni delle leggi per la tutela dei consumatori, ritenendo che la O2 avesse violato i principi di continuità dei contratti e di massima precisione della conversione contenuti nei regolamenti Ce n. 1103/97 e n. 2866/98, ha adito il *Landgericht* sostenendo che il prezzo al minuto presente nei contratti della O2 non costituiva un importo monetario da pagare o contabilizzare ai sensi dell'art. 5 del regolamento Ce n. 1103/97: tale prezzo rappresentava solamente un importo intermedio, che non doveva essere sottoposto ad alcuna operazione d'arrotondamento.

L'organo giurisdizionale ha sospeso il procedimento nazionale e ha formulato alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali.

Con la prima si è trattato di chiarire se una tariffa quale il prezzo al minuto in base al quale la O2 fattura le comunicazioni telefoniche dei propri clienti, costituisca un importo monetario da pagare o contabilizzare ai sensi dell'art. 5, 1° frase, del regolamento Ce n. 1103/97, ovvero se soltanto la cifra finale effettivamente fatturata al consumatore possa costituire un importo di tal genere.

La Corte precisa che il regolamento Ce n. 1103/97 non fornisce alcuna definizione della

nozione di «importi monetari da pagare o contabilizzare» ai sensi dell'art. 5, 1° frase. Sono inclusi in tale nozione, da un lato, gli importi che danno luogo a pagamenti da parte del consumatore, vale a dire tutti i debiti monetari, e, dall'altro, gli importi relativi ai documenti contabili o agli estratti conto.

Per rispondere alla questione sottoposta, la Corte richiama la finalità del regolamento comunitario: l'obiettivo è quello di assicurare che il passaggio alla moneta unica si effettui senza conseguenze per gli impegni già sottoscritti dai cittadini e dalle imprese.

La fissazione di alcune regole relative alle operazioni di conversione è pienamente in linea con l'obiettivo di neutralità del passaggio all'euro. La ricerca del maggior grado possibile di neutralità di tali operazioni presuppone che sia garantito «un grado elevato di precisione nelle operazioni di conversione» (cfr. dodicesimo *considerando* del regolamento).

A parere della Corte, l'art. 5, 1° frase del regolamento in esame concerne gli importi di cui sopra per i quali ragioni di ordine commerciale e/o contabile non solo giustificano, ma impongono un arrotondamento al centesimo più vicino (Sul punto v. F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 130 ss.).

Ne deriva, secondo la Corte, che con riferimento alla tariffa, quale il prezzo al minuto di cui trattasi nella causa principale, nessuna ragione pratica impone di arrotondarne, in tutti i casi, l'importo a due cifre dopo la virgola. Tale tariffa può, infatti, essere prospettata con un grado di esattezza più elevato, come manifestato dalla prassi di numerosi operatori economici. La Corte precisa, altresì, che tale importo non è effettivamente fatturato al consumatore e pagato da quest'ultimo e non è iscritto in quanto tale in nessun documento contabile o estratto conto. Esso non costituisce, pertanto, un importo monetario da pagare o da contabilizzare, ai sensi dell'art. 5, 1° frase, del regolamento Ce n. 1103/97, e non deve quindi essere arrotondato in tutti i casi al centesimo più vicino.

Con la seconda questione pregiudiziale, la Corte è stata chiamata a chiarire se l'art. 5, 1° frase del regolamento Ce n. 1103/97, debba essere interpretato nel senso di impedire l'arrotondamento al centesimo più vicino delle somme diverse da quelle che devono essere pagate o contabilizzate.

La Corte osserva come, nell'ipotesi in cui il prezzo da pagare risulti da un gran numero di calcoli intermedi, l'arrotondamento al centesimo più vicino della tariffa unitaria per tali beni e servizi o di ciascuno degli importi intermedi che entrano nella fatturazione, inciderà effettivamente sul prezzo realmente sostenuto dai consumatori. Qualora, invece, la variazione del prezzo di cui sopra non sia stata anticipatamente convenuta tra le parti del contratto, sussisterà il contrasto con il principio di continuità dei contratti e con l'obiettivo di neutralità del passaggio all'euro che deve essere garantita ai sensi del regolamento Ce n. 1103/97.

Infine, al giudice nazionale è conferito il compito di valutare se l'applicazione della regola d'arrotondamento al centesimo più vicino abbia avuto una concreta incidenza sull'importo che i consumatori devono pagare e se l'applicazione di tale regola abbia inciso sugli impegni contrattuali sottoscritti dalle parti stesse. Ne consegue che il gestore dovrà, nel caso concreto, valutare se l'arrotondamento posto in essere determini una violazione degli obblighi contrattuali.

COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO COMUNITARIO DELLA LEGGE QUADRO ITALIANA SUGLI APPALTI PUBBLICI DI LAVORI

Corte di giustizia

Sentenza del 7 ottobre 2004 in causa n. C-247/02

Sintesi SpA c. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/37/Cee - Appalti pubblici di lavori - Aggiudicazione degli appalti - Legge quadro italiana

in tema di lavori pubblici - Diritto dell'amministrazione aggiudicatrice di optare tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Contrasto.

L'art. 30, n. 1, della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/37/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso¹.

¹ L'interpretazione dell'art. 30 della direttiva n. 93/37/Cee ha costituito l'oggetto della sentenza sopra massimata. Tale disposizione – che è stata trasposta nel nostro ordinamento con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge quadro in tema di lavori pubblici (in *Guri* n. 4 del 19 febbraio 1994, p. 5) fissa i criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto. Essi sono costituiti dal prezzo più basso, oppure, quando l'aggiudicazione viene fatta a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, entrano in gioco diversi criteri che variano a seconda dell'appalto, quali, per esempio: il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico, etc.

La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la società Sintesi Spa e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici relativamente all'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici effettuato in base a licitazione privata. Il Comune di Brescia affidava alla società Sintesi, per mezzo di una convenzione di concessione, la costruzione e la gestione di un parcheggio sotterraneo. La società concessionaria avrebbe dovuto aggiudicare l'esecuzione dei lavori tramite licitazione privata sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, offerta da valutarsi sulla base del prezzo, del valore tecnico e del tempo necessario alla realizzazione dell'opera.

Dopo aver portato a termine le preselezioni, una delle società invitate alla presentazione delle offerte, la società Provera, rifiutava di presentarsi alla gara ritenendo la stessa illegittima. La Sintesi procedeva all'individuazione dell'offerta più vantaggiosa e aggiudicava così l'appalto. Successivamente, in seguito ad una nuova denuncia da parte della società Provera, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici comunicava la non conformità della procedura di aggiudicazione dei lavori alla legge quadro italiana ai sensi della quale l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso.

La Sintesi impugnava tale comunicazione dinanzi al TAR della Lombardia che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se l'art. 30, n. 1 della direttiva n. 93/37/Cee contrasti con una normativa nazionale, italiana nel caso di specie, che per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, impone alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere solamente alla regola del prezzo più basso.

La Corte osserva che la direttiva ha il precipuo scopo di garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti dei lavori pubblici (cfr. sentenze del 16 settembre 1999 in causa n. C-27/98, *Fracasso e Leitsschultz*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5697; del 27 novembre 2001 in cause riunite n. C-285/99 e C-286/99, *Bombardini e Mantovani*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9233 e del 12 dicembre 2002 in causa n. C-470/99, *Universale – Bau e a.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11617) e, nel perseguire tale obiettivo, organizza l'attribuzione degli appalti in maniera tale da rendere possibile all'amministrazione aggiudicatrice di mettere a confronto diverse offerte per poter scegliere conseguentemente la più vantaggiosa sulla base di criteri obiettivi. L'art. 30 della direttiva fissa dunque i criteri in base ai quali l'amministrazione aggiudicatrice si deve basare al fine di poter aggiudicare l'appalto.

La disposizione nazionale controversa, che impone il ricorso al prezzo più basso, quale unico criterio di aggiudicazione, non dovrebbe impedire il ricorso ai criteri indicati nella disposizione comunitaria. In effetti, così conclude la Corte di giustizia, la disposizione italiana contenuta nella legge quadro sugli appalti pubblici, che fissa un unico criterio per l'aggiudicazione gli appalti, impedisce alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti stessi (nel caso di specie, nella realizzazione del parcheggio si sarebbero potuti prendere in considerazione taluni dei criteri indicati a titolo esemplificativo nell'art. 30 della direttiva oggetto di interpretazione) e, pertanto, contrasta con la normativa comunitaria.

VERIFICA DELLA COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO COMUNITARIO DI UNA NORMATIVA NAZIONALE CHE VIOLA I VALORI FONDAMENTALI SANCITI DALLA COSTITUZIONE NAZIONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02

Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Libera prestazione di servizi - Libera circolazione delle merci - Restrizioni - «Giocare ad uccidere» - Ordine pubblico - Salvaguardia della dignità umana - Tutela dei valori fondamentali sanciti dalla costituzione nazionale.

Il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana¹.

¹ Un'attività commerciale consistente nella gestione di un locale denominato «laserdromo» dove vengono simulati omicidi può essere legittimamente vietato ai sensi della normativa nazionale per contrasto con i principi fondamentali interni costituzionalmente sanciti senza violare il diritto comunitario?

La questione pregiudiziale è stata sollevata in una causa portata davanti ad una Corte tedesca dalla società Omega, con sede in Germania, che gestiva un locale denominato «laserdromo». In tale causa Omega ha sostenuto la incompatibilità con il diritto comunitario di un provvedimento di divieto, adottato nei suoi confronti dal sindaco di Bonn, «di rendere possibile o di tollerare nel suo impianto, giochi che hanno come oggetto quello di colpire deliberatamente uomini mediante raggi *laser* o altri strumenti tecnici (per esempio: raggi infrarossi), nonché il cosiddetto "omicidio simulato" sulla base della registrazione dei colpi mandati a segno». Omega utilizzava, a tal fine, l'attrezzatura fornita da una società con sede nel Regno Unito.

Tale provvedimento è stato adottato sulla base dell'art. 14, n. 1, della legge sulla polizia

amministrativa del *Land* Renania del Nord-Vestfalia, ai sensi del quale: «Le autorità di polizia possono adottare le misure necessarie per prevenire in casi particolari un pericolo che possa minacciare la pubblica sicurezza o l'ordine pubblico». I giochi che si svolgevano nei locali gestiti dall'Omega costituivano, secondo le autorità tedesche, un pericolo per l'ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e l'incitamento alla violenza che ne conseguiva apparivano incompatibili con i valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività.

La Corte federale amministrativa adita in ultima istanza dalla società Omega ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia di statuire sulla compatibilità con le disposizioni comunitarie relative alla libera prestazione dei servizi e alla libera circolazione delle merci di una normativa nazionale che vieti un'attività commerciale consistente, in particolare, nella gestione del c.d. «laserdromo», dove vengono simulati omicidi, per contrasto con i valori fondamentali sanciti dalla Costituzione tedesca.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha precisato che il divieto imposto alla società Omega di gestire il proprio laserdromo incide sulla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 49 CE (cfr. sentenze del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Schindler*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1039; del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607 e del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Karner*, non ancora pubblicata in *Raccolta* e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 538).

La Corte, facendo leva sulle restrizioni alla libera prestazioni di servizi, osserva come l'attività interessata costituisca un pericolo per l'ordine pubblico; il provvedimento di divieto è stato adottato indipendentemente da ogni considerazione legata alla nazionalità dei prestatori o dei destinatari dei servizi soggetti ad una restrizione. In ogni caso, non è necessario verificare che le misure di tutela dell'ordine pubblico rientranti in una deroga alla libertà di prestazione di servizi elencata all'art. 46 CE siano indistintamente applicabili sia ai prestatori di servizi nazionali, sia a quelli aventi sede in altri Stati membri.

Tuttavia, la possibilità per uno Stato membro di poter derogare ai sensi dell'art. 46 del Trattato non esclude il controllo giurisdizionale delle misure di applicazione di tale deroga (cfr. sentenza del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, in *Raccolta*, 1974, p. 1337). Inoltre, la nozione di «ordine pubblico» nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione di servizi, deve essere intesa in senso restrittivo, di modo che la sua portata non possa essere fissata da ogni Stato membro con l'esclusione di ogni controllo da parte delle istituzioni comunitarie (cfr., analogamente alla libera circolazione dei lavoratori, sentenze *Van Duyn*, *cit.* e del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999). Ne consegue, pertanto, che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia reale e sufficientemente grave a uno degli interessi fondamentali della collettività (cfr. sentenza del 14 marzo 2000 in causa n. C-54/99, *Eglise de scientologie*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1335).

In considerazione poi del fatto che le circostanze specifiche idonee a giustificare la nozione di ordine pubblico possono variare da Paese a Paese, è opportuno lasciare alle competenti autorità nazionali una certa discrezionalità nella valutazione inerente all'esistenza o meno di una violazione. Nel caso di specie, e così conclude la Corte, le autorità tedesche hanno ritenuto che l'attività posta in essere dalla società Omega costituisca una minaccia per l'ordine pubblico in considerazione del fatto che viene ad essere colpita la dignità umana, intesa quale valore costituzionalmente garantito.

La Corte, in proposito, richiama la propria costante giurisprudenza precisando come i diritti fondamentali costituiscano parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e come, a tal fine, quest'ultima si ispiri alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno collaborato o aderito (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 annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 558).

Inoltre, la Corte nel giustificare il divieto contenuto nel provvedimento nazionale osserva, infine, che l'adozione da parte di uno Stato membro di un sistema diverso da quello adottato da un altro Stato non incide sulla necessità e sulla proporzionalità delle disposizioni

adottate in materia (cfr. sentenze del 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6067; del 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, *Zenatti*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7289 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 293 e dell'11 settembre 2003 in causa n. C-6/01, *Anomar e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8621 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 527).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA NOZIONE DI DIRITTO DI SOGGIORNO AI SENSI DELLA DIRETTIVA N. 90/364/CEE

Corte di giustizia

Sentenza del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02

Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione delle direttive n. 73/148/Cee e n. 90/364/Cee - Art. 18 CE - Diritto di soggiorno - Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi - Figlio minore avente la cittadinanza di uno Stato membro, ma che soggiorna in un altro Stato membro - Minore a carico del genitore - Custodia del minore - Genitori cittadini di uno Stato terzo - Diritto di soggiorno della madre nell'altro Stato membro - Discriminazione in base alla nazionalità - Assicurazione malattia e risorse sufficienti - Limitazione degli effetti dell'attribuzione della cittadinanza in un altro Stato membro.

In circostanze come quelle della causa principale, l'art. 18 Trattato CE e la direttiva del Consiglio del 28 giugno 1990, n. 90/364/Cee, relativa al diritto di soggiorno, conferiscono al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato. In un caso siffatto, le stesse disposizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante¹.

¹ Uno Stato membro può rifiutarsi di concedere un permesso di soggiorno stabile ad un minore, cittadino di un altro Stato membro, che è vissuto fin dalla nascita nel territorio di un altro Stato membro, e alla propria madre, cittadina di uno Stato terzo? La risposta a questo interrogativo è stata fornita dalla Corte di giustizia Ce nell'ambito di una controversia che

ha visto contrapposti, da un lato, la minore Catherine, cittadina irlandese, e la propria madre, la signora Chen, cittadina cinese, e, dall'altro lato, il *Secretary of State for the Home Department* in merito al rifiuto opposto da quest'ultimo alle domande delle ricorrenti dirette ad ottenere un permesso di soggiorno di lunga durata nel Regno Unito. Catherine possedeva la cittadinanza irlandese in quanto, essendo nata in Irlanda, beneficiava di quanto previsto all'art. 6, n. 1, della legge del 1956 sulla nazionalità e sulla cittadinanza irlandesi che consente a tutti i nati in Irlanda di acquisire la cittadinanza irlandese. Una persona nata in Irlanda acquisisce, infatti, la cittadinanza irlandese alla nascita, se non può ottenere la cittadinanza di un altro Paese.

La normativa comunitaria oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia Ce è costituita dalle direttive n. 73/148/Cee sulla 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 172/73, p. 14), e n. 90/364/Cee sul diritto di soggiorno (in *Guce* n. L 180/90, p. 26), e dall'art. 18 Trattato CE sulla cittadinanza dell'Unione.

Catherine è destinataria, nel Regno Unito, di servizi medici privati e di servizi di puericultura retribuiti; sia la minore che la madre sono autosufficienti, non godono di sostegno pubblico nel Regno Unito e dispongono di un'assicurazione malattia.

Il rifiuto del *Secretary of State for the Home Department* di concedere un permesso di soggiorno di lunga durata alle due ricorrenti si è fondato sulla circostanza che Catherine, di otto mesi di età, non era in grado di beneficiare di alcun diritto derivante dal Trattato CE tra quelli previsti dalla normativa britannica relativa alle regole di immigrazione dallo Spazio economico europeo e che la signora Chen non era una persona che poteva soggiornare nel Regno Unito ai sensi della normativa citata.

L'*Immigration Appellate Authority* impugnava la decisione di rigetto e decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se le direttive n. 73/148/Cee e n. 90/364/Ce conferiscano ad un minore, cittadino di uno Stato membro a carico di un genitore, cittadino di uno Stato terzo, il diritto di soggiornare in un altro Stato membro in cui tale minore è destinatario di servizi di puericultura. Inoltre, la Corte è stata chiamata a chiarire se le disposizioni oggetto di interpretazione conferiscano di conseguenza un diritto di soggiorno a favore dello stesso genitore.

La Corte innanzitutto, sul diritto di soggiorno della minore, ha chiarito come i minori possano avvalersi dei diritti contemplati all'art. 18 del Trattato CE sulla cittadinanza dell'Unione. Non si può assolutamente far dipendere l'idoneità di un cittadino di uno Stato membro ad essere titolare dei diritti garantiti dal Trattato e dagli atti di diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone dalla condizione che il soggetto abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare i propri diritti (cfr. sentenze del 15 marzo 1989 in cause riunite n. 389/87 e n. 390/87, *Echternach e Moritz*, in *Raccolta*, 1989, p. 723; del 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast e R*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7091 e del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58). L'Avvocato Generale Tizzano, nelle proprie conclusioni, ha chiaramente evidenziato come dalla normativa comunitaria oggetto di interpretazione, non emerga che la stessa titolarità dei diritti oggetto di tali disposizioni sia subordinata al requisito di età minima.

Secondo la Corte, il diritto di soggiorno di cui all'art. 18, comma 1, CE è riconosciuto ad ogni cittadino dell'Unione: per effetto del solo *status* di cittadino di uno Stato membro, e quindi di cittadino dell'Unione, la minore può legittimamente invocare le disposizioni di cui sopra.

L'art. 1, comma 1, della direttiva n. 90/364/Ce prevede che gli Stati membri possano esigere dai cittadini di uno Stato membro che intendono avvalersi del diritto di soggiorno sul loro territorio, che essi dispongano per sé e per i propri familiari di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi divengano, durante il soggiorno, un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante. Nel caso di specie Catherine disponeva tanto di un'assicurazione malattia quanto di risorse sufficienti, fornite dalla propria madre. L'obiezione sollevata, secondo la quale Catherine non poteva disporre autonomamente delle risorse sufficienti in quanto le stesse provenivano dalla madre, è stata superata dalla Corte sulla base

del fatto che la disposizione dell'art. 1, comma 1, della direttiva non fa alcun riferimento alla provenienza delle risorse stesse.

Sull'ulteriore obiezione secondo la quale la signora Chen avrebbe sfruttato la situazione nel dare alla luce la propria bambina in Irlanda al fine di poter beneficiare della cittadinanza comunitaria, la Corte osserva che, secondo una propria costante giurisprudenza, gli Stati membri sono liberi di adottare misure volte ad impedire che i propri cittadini si sottraggano alle prescrizioni delle leggi nazionali (sul principio dell'abuso di diritto, cfr. sentenza del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 488).

Infine, per quanto riguarda il diritto di soggiorno della madre, cittadina di un Paese terzo, la Corte di giustizia ha statuito che l'art. 1, comma 2, lett. b., della direttiva n. 90/364/Ce, ai sensi del quale: «hanno il diritto di installarsi in un altro Stato membro con il titolare del diritto di soggiorno, qualunque sia la loro nazionalità: a. il coniuge ed i loro discendenti a carico; b. gli ascendenti del titolare del diritto di soggiorno e del coniuge che sono a carico», non può conferire un diritto di soggiorno al cittadino di uno Stato terzo che si trova nella situazione della madre di Catherine. Tale diritto non può essere conferito basandosi sui legami affettivi esistenti tra la madre e il proprio figlio e neppure sul fatto che il diritto di ingresso e di soggiorno della madre nel Regno Unito dipenda dal diritto di soggiorno del figlio stesso.

Tuttavia, considerando che, nel caso di specie, negare alla madre il diritto di soggiorno nel territorio comunitario priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno della minore, la Corte conclude nel senso di riconoscere alla minore stessa la titolarità, ai sensi della normativa comunitaria, del diritto di soggiorno a tempo indeterminato nello Stato membro ospitante, e alla madre i medesimi diritti in quanto il sostegno materiale della minore è garantito dalla madre stessa (cfr. sentenza del 18 giugno 1987 in causa n. 316/85, *Lebon*, in *Raccolta*, 1987, p. 2811).

NOZIONE DI RIFIUTI: INTERPRETAZIONE DELLE DIRETTIVE CEE N. 75/442 e N. 91/156

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 novembre 2004 in causa n. C-457/02

Procedimento penale a carico di Antonio Niselli

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttive Cee n. 75/442 e n. 91/156 - Nozione di rifiuti - Interpretazione - Residui di produzione o di consumo idonei alla riutilizzazione - Rottami ferrosi - Reato per attività di gestione di rifiuti non autorizzata - Applicazione di una sanzione penale - Disapplicazione della disposizione nazionale in contrasto con la normativa comunitaria.

La definizione di rifiuto contenuta nell'art. 1, lett. a., 1° comma della direttiva del Consiglio del 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 marzo 1991, n. 91/156/Cee

e dalla decisione della Commissione del 24 maggio 1996, n. 96/350/Ce, non può essere interpretata nel senso che essa ricomprenderebbe tassativamente le sostanze o i materiali destinati o soggetti alle operazioni di smaltimento o di recupero menzionati negli allegati II A e II B della detta direttiva, oppure in elenchi equivalenti, o il cui detentore abbia l'intenzione o l'obbligo di destinarli a siffatte operazioni¹

La nozione di rifiuto ai sensi dell'art. 1, lett. a., 1° comma, della direttiva n. 75/442/Cee, come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee e dalla decisione n. 96/350/Ce, non dev'essere interpretata nel senso che essa escluderebbe l'insieme dei residui di produzione o di consumo che possono essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo, vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza arrecare danni all'ambiente, vuoi previo trattamento ma senza che occorra tuttavia un'operazione di recupero ai sensi dell'allegato II B di tale direttiva².

¹⁻² Ancora una volta la Corte di giustizia interpreta la nozione di rifiuto ai sensi della direttiva n. 75/442/Cee, interpretazione che, nel caso di specie, risulta determinante ai fini dell'applicazione della sanzione penale.

La questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva n. 75/442/Cee sui rifiuti (in *Guce* n. L 194/75, p. 47), come modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee (in *Guce* n. L 78/91, p. 32), nonché dalla decisione n. 96/350/Ce (in *Guce* n. L 135/96, p. 32) è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale promosso nei confronti del signor Niselli, imputato del reato di gestione di rifiuti senza autorizzazione della competente autorità (la direttiva n. 75/442/Cee è stata trasposta nel nostro ordinamento con il dlgo del 5 febbraio 1997, n. 22, recante attuazione delle direttive n. 91/156/Cee sui rifiuti, n. 91/689/Cee sui rifiuti pericolosi, e n. 94/62/Ce sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio (in *Guri* n. 38 del 15 febbraio 1997, *suppl. ord.*), ulteriormente modificato dal dlgo dell'8 novembre 1997, n. 389 (in *Guri* n. 261 dell'8 novembre 1997). Successivamente all'avvio del procedimento penale oggetto della causa principale è stato emanato il d.l. 8 luglio 2002, n. 138 (in *Guri* n. 158/2002), convertito in l. 8 agosto 2002, n. 178 (in *Guri* n. 187/2002).

Il signor Niselli, in qualità di legale rappresentante della società ILFER SpA, veniva incriminato per questi fatti: un semirimorchio della ILFER SpA era stato sequestrato dai carabinieri perché trasportava rottami ferrosi senza il modulo d'identificazione dei rifiuti previsto dal dlgo n. 22/97. L'impresa inoltre non era iscritta all'albo nazionale delle imprese di gestione dei rifiuti, come previsto dalla stessa normativa italiana ed era, pertanto, sprovvista dell'autorizzazione al trasporto di rifiuti.

Secondo una perizia presentata nel corso del procedimento, i materiali posti sotto sequestro provenivano dalla demolizione di macchinari e di automezzi nonché dalla raccolta di oggetti di scarto. Il Tribunale penale di Terni ha affrontato il problema dell'«interpretazione autentica» della nozione di rifiuto fornita dall'art. 14 del d.l. n. 138/02, *loc. cit.*, (in base al quale verrebbero esclusi dalla nozione di rifiuto i materiali ferrosi riutilizzabili nello stesso ciclo di produzione o di consumo) in quanto contrastante con la direttiva n. 75/442/Cee. Secondo tale interpretazione, i fatti addebitati al signor Niselli non costituirebbero più reato in quanto i rottami ferrosi posti sotto sequestro erano destinati al riutilizzo e quindi non avrebbero più potuto essere qualificati come rifiuti. Il Tribunale nazionale decideva così di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Con la prima questione è stato chiesto alla Corte di chiarire se i termini «si disfi», «abbia deciso» o «abbia l'obbligo di disfarsi», utilizzati dall'art. 1 lett. a., 1° comma della direttiva n. 75/442/Cee, ricomprendano tassativamente i casi in cui, rispettivamente, in modo diretto o indiretto, il detentore di una sostanza o di un materiale lo destini o lo sottoponga a un'operazione di smaltimento o di recupero prevista dagli allegati II A e II B della stessa

direttiva, mediante rinvio alla legislazione italiana, oppure abbia la volontà o l'obbligo di farlo in forza di una legge, di un provvedimento delle pubbliche autorità o in ragione della natura stessa della sostanza o del materiale di cui trattasi, oppure in ragione del fatto che i medesimi rientrano nell'elenco dei rifiuti pericolosi.

Sul punto, la Corte precisa che l'espressione «disfarsi» deve essere interpretata alla luce della finalità della direttiva n. 75/442/Cee che, ai sensi del suo terzo *considerando*, è la tutela della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei rifiuti. Inoltre, anche l'art. 174, n. 2, del Trattato CE, precisa che la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela ed è fondata, in particolare, sui principi della precauzione e dell'azione preventiva (cfr. sentenza del 18 aprile 2002 in causa n. C-9/00, *Palin Granit c. Vehmassalon kansanterveysön kuntayhtymän hallitus*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3533). Ne consegue, a parere della Corte, che l'interpretazione della nozione di rifiuto delineata dal giudice del rinvio – che subordina la qualifica del rifiuto ad un'operazione che può essere qualificata come smaltimento o recupero solamente ove applicata ad un rifiuto – non contribuisce a precisare la nozione di rifiuto che, pertanto, non può essere interpretata nel senso di ricomprendere tassativamente le sostanze o i materiali destinati o soggetti alle operazioni di smaltimento o di recupero menzionate negli allegati II A e II B della detta direttiva, oppure in elenchi equivalenti, o il cui detentore abbia l'intenzione o l'obbligo di destinarli a siffatte operazioni.

Con la seconda questione la Corte è stata chiamata a valutare se possano essere esclusi dalla nozione di rifiuto ai sensi dell'art. 1, lett. a., 1° comma della direttiva n. 75/442/Cee i residui di produzione o di consumo che possano essere o siano riutilizzati nel medesimo ciclo produttivo o di consumo, oppure in un ciclo analogo o diverso, senza subire alcun trattamento preventivo e senza recare pregiudizio all'ambiente, oppure dopo aver subito un trattamento preventivo senza che tuttavia si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C del dlgo n. 22/97.

Secondo la Corte, il fatto che una sostanza utilizzata sia un residuo di produzione costituisce, in via di principio, un indice sull'esistenza di un'azione, di un'intenzione o di un obbligo di disfarsene ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva n. 75/442/Cee (cfr. sentenza del 15 giugno 2000 in cause riunite n. C-418/97 e n. C-419/97, *ARCO Chemie Nederland e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4475). Lo stesso ragionamento va fatto relativamente ai residui di consumo.

Un bene, un materiale o una materia prima derivante da un processo di fabbricazione o di estrazione che non è principalmente destinato a produrlo, secondo la Corte, possono costituire non dei residui, bensì dei sottoprodotti che l'impresa intende sfruttare o commercializzare a condizioni favorevoli, in un processo successivo, senza operare nessuna trasformazione preliminare.

La Corte precisa, altresì, che tale argomentazione relativa ai sottoprodotti deve essere circoscritta alle situazioni in cui il riutilizzo di un bene, di un materiale o di una materia prima non sia solo eventuale, ma certo, senza previa trasformazione, e avvenga nel corso del processo di produzione (cfr. sentenza *Palin Granit*, *cit.*).

I materiali oggetto del procedimento principale non sono riutilizzati in maniera certa e senza previa trasformazione nel corso di un medesimo processo di produzione o di utilizzazione, ma sono sostanze o materiali di cui i detentori si sono disfatti. I materiali dei quali si discute sono stati successivamente sottoposti a separazione e ad alcuni trattamenti, e costituiscono una materia prima secondaria destinata alla siderurgia. Essi devono conservare la qualifica di rifiuti finché non siano effettivamente riciclati in prodotti siderurgici, finché cioè non costituiscano i prodotti finiti del processo di trasformazione cui sono destinati. Nelle fasi precedenti, essi non possono ancora, infatti, essere considerati riciclati, poiché tale processo di trasformazione non è ancora giunto a termine. Invece, il momento in cui i materiali in questione perdono la qualifica di rifiuto non può essere fissato ad uno stadio industriale o commerciale successivo alla loro trasformazione in prodotti siderurgici poiché, a partire da tale momento, essi non possono più essere distinti da altri prodotti siderurgici scaturiti da materie prime primarie (cfr., con preciso riferimento ai rifiuti di imballaggio riciclati la sentenza del 19 giugno 2003 in causa n. C-444/00, *Mayer Parry Recycling*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6163). Ne consegue, e così conclude la Corte, che dalla nozione di ri-

fiuto non può escludersi l'insieme dei residui di produzione e di consumo che possono essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo. Il giudice nazionale dovrà, pertanto, disapplicare la norma italiana in contrasto con quella comunitaria e interpretare la nozione di rifiuto prescindendo dall'art. 14 della legge n. 178/2002 in base al quale sarebbe esclusa la responsabilità penale del signor Niselli.

LO STATO ITALIANO È INADEMPIENTE NELL'ADOZIONE DELLE MISURE A TUTELA DELL'AMBIENTE E DELLA SALUTE UMANA

I

Corte di giustizia

Sentenza del 25 novembre 2004 in causa n. C-447/03

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Tutela dell'ambiente - Gestione dei rifiuti - Sito industriale e discariche in provincia di Foggia - Direttiva n. 75/442/Cee modificata dalla direttiva n. 91/156/Cee - Smaltimento dei rifiuti - Interpretazione degli artt. 4 e 8 - Protezione dell'ambiente - Miglioramento della qualità della vita - Sussistenza.

Non avendo adottato le misure necessarie per assicurare che i rifiuti stoccati o depositati in discarica, presenti nel sito dell'ex stabilimento Enichem di Manfredonia (provincia di Foggia) e nella discarica di rifiuti urbani Pariti I, sita nella zona di Manfredonia, fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente, e non avendo adottato le disposizioni necessarie affinché il detentore dei rifiuti stoccati o depositati in discarica presenti nel sito Enichem e il detentore dei rifiuti presenti nella discarica Pariti I e nella discarica di rifiuti urbani Conte di Troia, anch'essa sita nella zona di Manfredonia, consegnassero tali rifiuti ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B della direttiva del Consiglio del 15 luglio 1975, n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 marzo 1991, n. 91/156/Cee, oppure provvedessero essi stessi al loro ricupero o smaltimento, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4 e 8 della detta direttiva¹.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 2 dicembre 2004 in causa n. C-97/04**

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Tutela dell'ambiente - Direttiva n. 2000/76/Ce - Incenerimento dei rifiuti - Valori limite di emissione - Mancata attuazione.

La Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 dicembre 2000, n. 2000/76/Ce, sull'incenerimento dei rifiuti, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva, in particolare dell'art. 21, n. 1, della medesima².

¹⁻² Il nostro Paese è stato condannato per violazione della normativa ambientale a causa della cattiva gestione del sito Enichem di Manfredonia in provincia di Foggia. La Commissione europea aveva promosso un ricorso ex art. 226 perché l'Italia non aveva adottato le misure necessarie ad assicurare che i rifiuti depositati nel sito di Manfredonia fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per l'uomo e senza usare procedimenti pericolosi per l'ambiente.

Le due censure della Commissione hanno riguardato la violazione degli artt. 4 e 8 della direttiva n. 75/442/Cee. L'art. 4 della direttiva n. 75/442/Ce sancisce che: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e in particolare: senza creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo e per la fauna e la flora, senza causare inconvenienti da rumori od odori, senza danneggiare il paesaggio e i siti di particolare interesse. Gli Stati membri adottano inoltre le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti». L'art. 8 della stessa direttiva prevede che: «Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché ogni detentore di rifiuti: li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B, oppure provveda egli stesso al ricupero o allo smaltimento, conformandosi alle disposizioni della presente direttiva». Infine, gli allegati II A e II B della direttiva n. 75/442/Ce concernono rispettivamente le operazioni di smaltimento e le operazioni che comportano una possibilità di ricupero.

Premesso che la Commissione ha sufficientemente provato l'esistenza dell'inadempimento contestato nell'ambito di un procedimento ex art. 226 CE (cfr. sentenza del 9 novembre 1999 in causa n. C-365/97, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7773) e che la presenza, nelle discariche di cui trattasi, di rifiuti pericolosi per la salute dell'uomo e idonei a recare pregiudizio all'ambiente non è stata contestata dal Governo italiano, è risultata fondata la prima censura relativa alla violazione dell'art. 4 della direttiva n. 75/44/Cee.

Sulla seconda violazione di cui sopra, tenuto conto che il Governo italiano non è stato in grado di provare di aver adottato prima della scadenza del termine stabilito nel parere motivato previsto dalla procedura, le disposizioni necessarie affinché i proprietari o i gestori delle discariche di cui trattasi consegnassero i rifiuti ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B della direttiva n. 75/442/Cee, ovvero provvedessero essi stessi al loro ricupero o smaltimento, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 8 della direttiva in oggetto.

Un'altra condanna per inadempimento in materia ambientale nei confronti del nostro

Paese da parte della Corte di giustizia si è avuta con la sentenza del 2 dicembre 2004 in causa n. C-97/04. L'Italia è stata condannata per la mancata trasposizione nel proprio ordinamento entro il 28 dicembre 2002 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 dicembre 2000, n. 2000/76/Ce (in *Guce* n. L 332/2000, p. 91) sull'incenerimento dei rifiuti. La direttiva persegue lo scopo di escludere o, almeno, di limitare gli effetti negativi dell'incenerimento e del coincenerimento dei rifiuti sull'ambiente, in particolare l'inquinamento nell'atmosfera, nel suolo, nelle acque superficiali e sotterranee, allo scopo di evitare i conseguenti danni per la salute umana. Ai sensi dell'art. 1 della direttiva, tale obiettivo è raggiunto grazie al rispetto di rigorose condizioni di esercizio delle regole tecniche e stabilendo valori limite di emissione per gli impianti di incenerimento e di coincenerimento dei rifiuti nella Comunità.

INCOMPATIBILITÀ DELLA NORMATIVA ITALIANA CON QUELLA COMUNITARIA IN MATERIA DI SERVIZI DI ASSISTENZA A TERRA NEGLI AEROPORTI

Corte di giustizia

Sentenza del 9 dicembre 2004 in causa n. C-460/02

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Trasporti aerei - Assistenza a terra - Direttiva n. 96/67/Ce - Trasferimento di imprese - Attuazione scorretta.

L'interpretazione dell'art. 18 della direttiva n. 96/67/Ce fornita (...) dal Governo italiano, in particolare per quanto riguarda la presa in considerazione di preoccupazioni di ordine sociale, renderebbe oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore. Di conseguenza, si metterebbero in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti¹.

In quanto il dlgs del 13 gennaio 1999, n. 18, recante attuazione della direttiva n. 96/67/Ce relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, ha introdotto, al suo art. 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della direttiva del Consiglio del 15 ottobre 1996, n. 96/67/Ce, e ha previsto, al suo art. 20, un regime a carattere transitorio non consentito da tale direttiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza di tale direttiva².

¹⁻² La Commissione delle Comunità europee, a fondamento del proprio ricorso ex art. 226 nei confronti dell'Italia, ha sostenuto che la Repubblica italiana ha violato alcune disposizioni della direttiva, in quanto: 1. essa ha ommesso di stabilire nel dlgs n. 18/1999 recante attuazione della direttiva n. 96/67/Ce relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza

a terra negli aeroporti della Comunità (in *Guri* n. 28 del 4 febbraio 1999, *suppl. ord.*) il periodo di durata massima di sette anni per la selezione dei prestatori di servizi d'assistenza a terra, in osservanza dell'art. 11, n. 1, lett. *d.*, della direttiva e 2. ha adottato due disposizioni nazionali in contrasto con la direttiva: una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della direttiva e alcune disposizioni transitorie non autorizzate dalla direttiva stessa.

La direttiva n. 96/67/Ce (in *Guce* n. L 272/96, p. 36) prevede un sistema di graduale apertura del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti comunitari. All'art. 2, lett. *e.* e *f.*, della stessa direttiva vengono fornite le definizioni di «assistenza a terra» e di «autoassistenza a terra». Con la prima si intendono i servizi resi in un aeroporto ad un utente; con la seconda, si fa riferimento alla situazione nella quale un utente (es. compagnie aeree) fornisce direttamente a se stesso una o più categorie di servizi di assistenza e non stipula alcun contratto con soggetti terzi, sotto qualsiasi denominazione, avente per oggetto la prestazione di tali servizi. Nel testo della direttiva viene precisato, altresì, che non sono considerati terzi fra loro gli utenti di cui uno detiene una partecipazione maggioritaria nell'altro, ovvero la cui partecipazione in ciascuno degli altri è detenuta a titolo maggioritario da uno stesso ente.

Gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per assicurare, in maniera generale, il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra a terzi e la libera effettuazione dell'autoassistenza a terra negli aeroporti comunitari (artt. 6, n. 1, e 7, n. 1). All'art. 6, n. 2, della stessa direttiva sono previste alcune deroghe al libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi: «Gli Stati membri possono limitare il numero dei prestatori autorizzati a fornire le seguenti categorie di servizi di assistenza a terra: assistenza bagagli, assistenza operazioni in pista, assistenza carburante e olio, assistenza merci e posta per quanto riguarda, sia in arrivo che in partenza o in transito, il trattamento fisico delle merci e della posta tra l'aerostazione e l'aereo. In ogni caso, gli Stati membri non possono limitare il loro numero a meno di due, per ciascuna categoria di servizio». In argomento v. 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.

La Commissione ha ritenuto il dlgo italiano di attuazione incompatibile con la direttiva comunitaria e ha, pertanto, presentato il ricorso per inadempimento. In particolare, la censura ha riguardato il fatto che l'art. 14 del dlgo n. 18/99 fosse incompatibile con l'art. 18 della direttiva n. 96/67/Ce, poiché impone ai prestatori di servizi di assistenza a terra l'obbligo di garantire il passaggio del personale dal precedente prestatore del servizio al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo, ogniquale volta vi sia un «trasferimento di attività» concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra. L'art. 14, infatti, così recita: «Nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore. Salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo».

Il fatto che i servizi forniti dal vecchio e dal nuovo prestatore siano simili non consente di concludere per la sussistenza di un trasferimento di un'entità economica tra le imprese stesse. In realtà, un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata in quanto la propria identità emerge anche da altri elementi quali il personale che la compone, l'organizzazione del suo lavoro, nonché l'attività di gestione.

A parere della Commissione, l'elemento mancante, nel caso di specie, è proprio la cessione dell'impresa, ossia un accordo negoziato implicito o esplicito, ovvero un atto d'imperio della potestà pubblica. Il prestatore subentrante, infatti, avrebbe accesso alle strutture aeroportuali in base a un titolo indipendente, libero da ogni sorta di rapporto con il prestatore uscente. Tale titolo sarebbe costituito dalla stipulazione di un contratto con il gestore dell'aeroporto interessato.

Il giudizio della Corte si basa innanzitutto sull'esistenza o meno di un trasferimento di

imprese: dalla giurisprudenza della Corte si comprende come il criterio decisivo per stabilire se si configuri o meno un trasferimento sia costituito proprio dalla condizione che l'entità in questione conservi la propria identità. Ciò risulta, in particolare, dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa (cfr. sentenze del 18 marzo 1986 in causa n. 24/85, *Spijkers*, in *Raccolta*, 1986, p. 1119 e dell'11 marzo 1997 in causa n. C-13/95, *Süzen*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1259). Secondo la Corte, nel caso di specie, bisogna avere riguardo al complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione in questione: la cessione di edifici e di beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività.

Ne consegue, secondo la Corte, che il regime di protezione sociale previsto dall'art. 14 del dlgo n. 18/99 è incompatibile con la direttiva in quanto il concetto di trasferimento di cui alla disposizione nazionale si discosta in maniera manifesta da quello stabilito dalla direttiva n. 2001/23/Ce.

La Commissione ha, inoltre, sostenuto l'incompatibilità dell'art. 20 del dlgo n. 18/99 con la direttiva n. 96/67/Cee. Tale disposizione, infatti, consentirebbe alle imprese con organizzazioni particolari di operare nel comparto dell'autoassistenza in parallelo ad altri prestatori scelti e/o autorizzati conformemente alle disposizioni della direttiva.

Sul punto, la Corte ha precisato come la direttiva n. 96/67/Ce fornisca una definizione circostanziata delle categorie di imprese che possono qualificarsi come prestatori di servizi di assistenza a terra a terzi e come utenti che praticano l'autoassistenza. I soggetti che non soddisfano i criteri di autoassistenza contemplati dalla direttiva possono operare esclusivamente in qualità di prestatori di servizi a terzi. Inoltre, la direttiva non prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare misure transitorie così come previste all'art. 20 della normativa nazionale ai sensi della quale: «restano salve le situazioni contrattuali del personale dei servizi di assistenza a terra, in atto al 19 novembre 1998, che prevedono diversi assetti organizzativi o contrattuali, sino alla scadenza dei relativi contratti, senza possibilità di proroga, ed in ogni caso per un periodo non superiore a sei anni».

IL DIVIETO NAZIONALE DI COMMERCIALIZZAZIONE DEI PRODOTTI DEL TABACCO PER USO ORALE NON CONTRASTA CON LA NORMATIVA COMUNITARIA

I

Corte di giustizia

Sentenza del 14 dicembre 2004 in causa n. C-210/03

The Queen, su richiesta di Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/37/Ce - Lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco - Art. 8 - Divieto di commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale - Validità - Interpretazione degli artt. da 28 CE a 30 CE - Vendita dello "snus" - Compatibilità della disciplina nazionale che prevede il medesimo divieto - Artt. 95 e 133 CE - Fondamento normativo della direttiva - Art. 253 CE

- Obbligo di motivazione - Art. 95, comma 3, CE - Principio di proporzionalità - Principio di non discriminazione - Principio del libero esercizio dell'attività professionale e del diritto di proprietà - Sviamento di potere - Validità.

L'esame della seconda questione (con la quale il giudice del rinvio chiede se l'art. 8 della direttiva n. 2001/37/Ce sia invalido, in tutto o in parte, a causa della violazione di disposizioni del Trattato CE ovvero di principi generali del diritto comunitario, ovvero a causa di uno sviamento di potere) non ha rivelato alcun elemento idoneo a inficiare la validità dell'art. 8 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 2001/37/Ce, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco¹.

Quando una misura nazionale vieta la commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale in conformità alle disposizioni dell'art. 8 della direttiva n. 2001/37/Ce, non è necessario verificare, distintamente, se tale misura nazionale sia conforme agli artt. 28 CE e 29 CE².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 14 dicembre 2004 in causa n. C-434/02

Arnold André GmbH & Co. KG c. Landrat des Kreises Herford (Presidente della Provincia di Herford)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/37/Ce - Lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco - Art. 8 - Divieto di commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale - Art. 95 CE - Fondamento normativo - Art. 95, comma 3, CE - Principio di proporzionalità - Art. 28 CE - Art. 253 CE - Obbligo di motivazione - Principio di non discriminazione - Validità.

L'esame della questione sottoposta alla Corte non ha rivelato alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'art. 8 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 2001/37/Ce, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco³.

¹⁻³ La questione pregiudiziale nella causa n. C-210/03, sopra massimata, è stata proposta

nell'ambito di una controversia tra le società Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd, da un lato, e il *Secretary of State for Health*, dall'altro, relativamente al divieto di commercializzazione, nel Regno Unito, dei prodotti del tabacco per uso orale.

L'art. 8 *bis* della direttiva n. 89/622/Cee, (in *Guce* n. L 359/89, p. 1), come modificata dalla direttiva n. 92/41/Cee (in *Guce* n. L 158/92, p. 30) prevedeva che gli Stati membri vietassero l'immissione sul mercato dei tabacchi per uso orale, definiti dall'art. 2, n. 4, della direttiva stessa come «tutti i prodotti che siano destinati ad un uso orale, eccettuati i prodotti da fumare o masticare, costituiti interamente o parzialmente da tabacco, presentato sotto forma di polvere o di particelle fini, ovvero qualsiasi combinazione di queste presentazioni – in particolare quelle presentate in sacchetti/porzioni o sacchetti porosi – oppure sotto una forma che richiama un prodotto commestibile». L'art. 151, n. 1, dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea (in *Guce* n. C 241/1994, p. 21 e in *Guce* n. L 1/1995, p. 1) conteneva tuttavia un'eccezione nei confronti della Svezia in cui l'utilizzo del tabacco per uso orale, in particolare del c.d. *snus* (tabacco finemente macinato o trinciato, venduto sfuso o in piccoli sacchetti/porzioni e destinato ad essere consumato ponendolo tra il labbro e la gengiva) è largamente diffuso.

L'art. 8 della direttiva n. 2001/37/Ce (in *Guce* n. L 194/2001, p. 26) che ha abrogato e sostituito la direttiva del 1989 ha previsto sempre il divieto di cui sopra, mantenendo pure l'eccezione prevista per la Svezia.

Poiché la Swedish Match intendeva commercializzare nel Regno Unito lo *snus*, si rivolgeva al Ministero della salute del Regno Unito motivando sull'illegittimità del divieto contenuto nell'art. 8 della direttiva.

La *High Court of Justice* (England and Wales), *Queen's Bench Division* (Administrative Court), adita dalla Swedish Match, decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Con riferimento alla validità dell'art. 8 la Corte, nel valutare il fondamento normativo della direttiva n. 2001/37/Ce rispetto agli artt. 95 e 133 Trattato CE, ha osservato in *primis* che l'art. 8 della direttiva è stato adottato in un contesto non differente da quello esistente alla data di adozione dell'art. 8 *bis* della direttiva n. 89/622/Cee. Ciò, infatti, è avvenuto avendo riguardo agli ostacoli alla libera circolazione delle merci esistenti sul mercato dei prodotti del tabacco a causa dell'evoluzione eterogenea delle condizioni di commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale nei vari Stati membri (cfr. sentenze del 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Spagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1985; del 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7079 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 704). Viene, pertanto, giustificato un intervento del legislatore comunitario sulla base dell'art. 95 CE.

Sul ricorso all'art. 133 CE, quale secondo fondamento normativo della direttiva oggetto di interpretazione, la Corte di giustizia osserva come nella sentenza del 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11453 e annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 343, essa abbia stabilito che l'art. 95 CE costituiva l'unico fondamento normativo adeguato della direttiva n. 2001/37/Ce e che a torto quest'ultima menziona anche l'art. 133 CE.

Il fatto che sia stato erroneamente indicato quale fondamento normativo l'art. 133 CE non significa che la direttiva sia invalida. La Corte di giustizia ha, infatti, precisato che un errore del genere nel preambolo di un atto comunitario costituisce un vizio puramente formale, salvo il caso in cui ne risulti un'irregolarità nel procedimento di adozione di tale atto (cfr. sentenze del 27 settembre 1988 in causa n. 165/87, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1987, p. 5545 e del 9 settembre 2004 in cause riunite n. C-184/02 e n. C-223/02, *Spagna e Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Il divieto, inoltre, non può essere considerato inequivocabilmente inadeguato, e ciò sia alla luce dell'obiettivo di garantire un livello di protezione elevato della salute delle persone, sia alla luce del suo obbligo di rispettare il principio di proporzionalità.

Il divieto di commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale di cui all'art. 8 della direttiva n. 2001/37/Ce fa parte delle restrizioni di cui agli artt. 28 CE e 29 CE, ed è giustificato in base all'art. 30 da ragioni di tutela della salute delle persone (cfr. sentenze del 17 maggio 1984 in causa n. 15/83, *Denkavit Nederland*, in *Raccolta*, 1984, p. 2171; del 9

agosto 1994 in causa n. C-51/93, *Meyhui*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3879 e del 25 giugno 1997 in causa n. C-114/96, *Kieffer e Thill*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3629). L'art. 8 si conforma all'obbligo di motivazione di cui all'art. 253 CE (sul fatto che la motivazione possa non contenere tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, cfr. sentenza del 29 febbraio 1996 in causa n. C-122/94, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 881; sull'adempimento dell'obbligo della motivazione, cfr. sentenza del 5 luglio 2001 in causa n. C-100/99, *Italia c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5217) e non è invalido a causa di uno sviamento di potere (cfr. sentenze del 13 novembre 1990 in causa n. C-331/88, *Fedesa e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4023 e del 22 novembre 2001 in causa n. C-110/97, *Paesi Bassi c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8763). Infine, nessuna violazione si è prodotta del principio di non discriminazione, del principio del libero esercizio dell'attività professionale e del diritto di proprietà per l'adozione di tale provvedimento (cfr. sentenze dell'11 luglio 1989 in causa n. 265/87, *Schraeder*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237 e in questa *Rivista*, 1991, p. 59 ss. con commento di M. LUGATO, *Invalidità dei regolamenti per contrasto con i principi generali di diritto comunitario*, p. 67 ss.; del 5 ottobre 1994 in causa n. C-280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4973; del 29 aprile 1999 in causa n. C-293/97, *Standley e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2603 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 92 ss. con nota di A. GRATANI, *Lo scarico indiretto di nitrati provenienti da fonti agricole e l'ordinamento comunitario*, p. 92 ss.; del 15 luglio 2004 in cause riunite n. C-37/02 e n. C-38/02, *Di Lenardo e Dilexport*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Anche la questione pregiudiziale nella causa n. C-434/02 – che ha visto contrapposti la *Arnold André GmbH & Co. KG* e il *Landrat des Kreises Herford* in merito al divieto di vendita, in Germania, dei prodotti del tabacco per uso orale da parte della medesima società importatrice *Swedish Match* – ha avuto ad oggetto l'interpretazione dell'art. 8 della direttiva n. 2001/37/Ce e, pertanto, si rinvia alle suesposte osservazioni.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

DIRETTIVA SULLA VALUTAZIONE DELL'IMPATTO AMBIENTALE: PREVALENZA DELLA NORMATIVA STATALE DI TRASPOSIZIONE E DI ATTUAZIONE IN VIA REGOLAMENTARE SULLA NORMATIVA LEGISLATIVA REGIONALE

Consiglio di Stato, sezione V
Sentenza del 28 maggio 2004 n. 3451/2004*

Presidente, Emidio Frascione – Relatore, Marzio Branca

*Regione Lombardia c. Provincia di Mantova, Comune di Castiglione delle
Stiviere e altri*

**Legge 22 febbraio 1994, n. 46 - Dpr 12 aprile 1996 - Trasposizione della
direttiva n. 85/337/Cee - Valutazione dell'impatto ambientale - Realizza-
zione di impianto di smaltimento dei rifiuti - Obbligatorietà della confe-
renza di servizi - Individuazione degli enti locali interessati - Onere del-
l'Amministrazione - Inerzia amministrativa e legislativa delle Regioni -
Inadempimento degli obblighi comunitari - Legittimità del potere sostitutivo statale - Prevalenza e vincolatività del dpr 12 aprile 1996.**

*L'importanza dell'impatto per i progetti di cui all'allegato II della diret-
tiva n. 85/337/Cee e successive modifiche, in relazione alle probabili ripercu-
ssioni sull'ambiente, è il risultato di un apprezzamento tecnico-discre-
zionale necessariamente unitario, nell'ambito del singolo Stato membro e,*

* In argomento v. *infra*, p. 111 ss., il commento di ADABELLA GRATANI.

come tale, impegna tutte le Regioni e Province autonome ad osservarlo, rimanendo suscettibile, tuttavia, in base all'atto di indirizzo, di variazioni, a seconda delle particolarità delle esigenze del territorio.

Il dpr 12 aprile 1996, quale specificazione del disposto di cui all'art. 40 della legge n. 146 del 1994, in quanto inserito nel procedimento di attuazione di una direttiva comunitaria, è provvisto di una efficacia precettiva particolare, generalmente estranea agli atti della stessa specie, quantomeno con riguardo alla scelta irreversibile di sottoporre a valutazione sotto il profilo ambientale tutti gli atti di cui all'allegato II della Direttiva.

Al citato dpr va riconosciuta forza vincolante, indipendentemente dall'intervento della disciplina regionale, in quanto tale normativa costituisce adempimento di un obbligo derivante dall'appartenenza alla Comunità, obbligo che incombe solo allo Stato-soggetto, obbligo che verrebbe violato ove l'efficacia dei principi della direttiva fosse rinviata al momento futuro ed incerto in cui le regioni procedano ad adottare la loro autonoma normativa.

(Omissis) In diritto

1. I quattro appelli presentano evidenti elementi di connessione soggettiva e oggettiva. Può pertanto disporsi la riunione ai fini di un'unica decisione.

2. La prima questione sollevata da entrambe le appellanti concerne il mancato accoglimento dell'eccezione di tardività dell'impugnazione, che era stata avanzata in primo grado in base all'assunto che alla fattispecie avrebbe dovuto applicarsi la riduzione dei termini processuali, compreso quello per la proposizione del ricorso, a norma dell'art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997 n. 135. Si sostiene che la norma era certamente applicabile alla materia dell'autorizzazione all'apertura e gestione di una discarica di rifiuti, avente obiettivo carattere di opera di pubblica utilità, mentre nella specie non ricorrerebbero i presupposti per la concessione dell'errore scusabile, data la particolare qualificazione di alcuni ricorrenti, enti pubblici sicuramente provvisti di tutte le cognizioni tecnico-legali occorrenti, e tenuto anche conto della mancata presentazione di apposita istanza.

In disparte la non contestata tempestività del ricorso proposto dalla Provincia di Mantova, il Collegio osserva come non occorra approfondire l'ambito di applicazione della norma invocata, poiché il quesito va risolto in virtù della sicura ammissibilità nella specie dell'errore scusabile. La giurisprudenza amministrativa ha autorevolmente riconosciuto (Cons. St., Ad. Plen., ord. 19 aprile 1996, n. 2) che l'assenza della domanda della parte interessata non è di ostacolo alla concessione dell'errore scusabile, e ciò non in considerazione della particolarità della materia che formava oggetto della fattispecie all'esame (provvedimenti di diniego dello *status* di rifugiato, di espulsione, e simili), ma alla stregua dei connotati propri dell'istituto nel diritto processuale amministrativo.

Si è messo in evidenza che sia l'art. 34, comma primo, del r.d. 24 giugno 1924 n. 1054, sia l'art. 34, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, sono strutturate

come norme permissive indirizzate al giudice e silenti circa l'istanza di parte, a differenza dall'art. 184 bis, c.p.c., secondo cui in caso di decadenza per causa non imputabile la parte «può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini».

Se, secondo il richiamato orientamento, che il Collegio condivide, nessun ostacolo di principio è ravvisabile alla concessione dell'errore scusabile, anche nella concretezza della fattispecie si rinvencono fattori univoci che inducono a confermare la decisione dei primi giudici. A parte la novità della questione, che si poneva a circa sei mesi dall'adozione della nuova disciplina processuale, quando ancora non poteva ritenersi formato un indirizzo interpretativo consolidato, rilievo decisivo assume la clausola con la quale nella stessa delibera impugnata era indicato in sessanta giorni il termine per proporre il ricorso giurisdizionale.

La censura va dunque disattesa.

3. La sola appellante *Ambiental Geo* reitera, come motivo di appello avverso la sentenza, l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposto dal Comitato per la difesa dell'Ambiente, della salvaguardia del Paesaggio e della salute di Castiglione delle Stiviere, in quanto associazione non riconosciuta ai sensi dell'art. 13 della legge 8 luglio 1986 n. 349.

Osserva il Collegio che il motivo è inammissibile per difetto di interesse, posto che detto ricorso è stato proposto dal Comitato unitamente ad un gruppo di cittadini proprietari di terreni siti nella zona circostante a quella di ubicazione dell'impianto, la cui legittimazione, contestata *in prime cure*, è stata riconosciuta dai primi giudici, senza dar luogo a censura in appello.

La stessa appellante ribadisce anche il difetto di legittimazione della s.p.a. *Golden Lady*, affermando che la stessa non poteva allegare alcun danno dall'apertura dell'impianto di smaltimento, in quanto, considerando il percorso della falda freatica, veniva a trovarsi ubicata a monte rispetto all'impianto stesso.

A sostegno della censura l'appellante richiama la costante giurisprudenza amministrativa che subordina l'ammissibilità alla tutela giurisdizionale alla esistenza di una concreta posizione di interesse, differenziata da quella della generalità, e suscettibile di subire pregiudizio dall'efficacia di un provvedimento amministrativo. Avrebbe dunque errato la sentenza, posto che i primi giudici, secondo l'assunto, sarebbero stati in grado di escludere, valutando la posizione della ricorrente rispetto all'impianto, che alla medesima potesse derivare un qualche danno, nell'emungimento di acqua, dal funzionamento della discarica.

Osserva il Collegio che la tesi dell'appellante, astrattamente ineccepibile, non possa essere seguita nella vicenda in esame, che attiene ad un contenzioso nel quale la censura centrale, dedotta anche dalla *Golden Lady s.p.a.*, riguarda proprio la mancata esecuzione della valutazione di impatto ambientale. Nella specie, infatti, non è stato svolto quel procedimento amministrativo tipicamente finalizzato a verificare la compatibilità ambientale del nuovo impianto e quindi ad escludere che l'esercizio del medesimo possa risolversi in danno dei valori tutelati dalla procedura medesima. In tale situazione, il giudice, indipendentemente dalla fondatezza della censura circa l'obbligatorietà della v.i.a., non poteva negare pregiudizialmente l'interesse all'impugnazione, fondato in linea di fatto sulla *vicinitas* ed in linea di diritto sul mancato accertamento della compatibilità ambientale dell'impianto, anche se nel limitato profilo dell'attingimento di acqua per le esigenze dell'industria ricorrente.

In caso contrario l'interesse all'impugnazione si sarebbe negato assumendo come obiettivo elemento di valutazione la perizia giurata prodotta dalla controinteressata, attuale appellante, mentre il preteso difetto di interesse doveva risultare dal procedimento autorizzatorio, così come la ricorrente, con la propria censura, pretendeva che dovesse essere svolto.

La censura va dunque disattesa.

4. Nel merito, con il primo mezzo si deduce erroneità di giudizio con riguardo all'accoglimento della censura, mossa a carico del provvedimento autorizzativo regionale, di violazione degli artt. 2 e 4 della direttiva 27 giugno 1985, n. 85/337/Cee, dell'art. 40, comma 1, della legge 22 febbraio 1994 n. 146, che i primi giudici avrebbero poi inteso, *ultra petita*, come violazione anche del dpr 12 aprile 1996, l'atto di indirizzo e coordinamento previsto dal ricordato art. 40 della legge n. 146 del 1994, testé citata.

A tale riguardo gli appellanti sostengono: *a.* che la direttiva n. 85/337 contempla gli impianti di smaltimento qui in discussione nell'Allegato II, per il quali l'art. 4, comma 2, rimette agli Stati membri di stabilire se il progetto debba essere soggetto alla valutazione di impatto ambientale; *b.* che la Direttiva è stata recepita in Italia con l'art. 40 della legge comunitaria n. 146 del 1994, il quale ne ha previsto l'attuazione mediante un atto di indirizzo e coordinamento; *c.* che l'atto di indirizzo e coordinamento, adottato con il dpr 12 aprile 1996, non è una fonte normativa e, pertanto, non detta norme obbligatorie per le Regioni fino a che le Regioni stesse non provvedano ad emanare la disciplina di loro competenza; *d.* che la Regione Lombardia all'epoca dei fatti non aveva provveduto a tale adempimento, e la circostanza che sia trascorso inutilmente il termine dilatorio di nove mesi concesso alle Regioni dall'art. 1 del detto dpr non muta la natura non vincolante dei principi di cui all'atto di indirizzo e coordinamento.

Le parti appellate replicano che la direttiva è stata giudicata dalla Corte di giustizia *self executing* (11 agosto 1995 in C-431/92), e che pertanto le norme in essa contenute dovevano considerarsi direttamente obbligatorie, quanto meno dopo la scadenza del termine triennale, abbondantemente scaduto, assegnato agli Stati membri per il recepimento. Circa il carattere vincolante delle disposizioni del dpr 12 aprile 1996, si fa osservare, come notato dai primi giudici, che la stessa Regione Lombardia, nella deliberazione della Giunta Regionale 2 novembre 1998, applicativa dell'atto di indirizzo e coordinamento, ebbe a ritenere la relativa normativa «direttamente applicabile» decorso il termine di nove mesi assegnato alle Regioni.

Il quesito, dunque, impone di stabilire se, all'epoca del procedimento in contestazione, secondo l'ordinamento giuridico italiano, l'autorità competente poteva legittimamente autorizzare il progetto del tipo qui in questione, contemplato, come non è contestato, nell'Allegato II alla direttiva n. 85/337, ignorando i principi posti dalla direttiva medesima.

Osserva il Collegio che il problema non può essere affrontato contestando, secondo la prospettazione delle appellanti, la forza vincolante delle singole fonti normative coinvolte, individualmente considerate: la direttiva citata, la legge n. 149 del 1994, il dpr recante l'atto di indirizzo e coordinamento, poiché gli anzidetti atti si pongono tra loro in rapporto di concatenazione sequenziale costituendo una sorta di combinato disposto, e come tali debbono essere valutati.

Tale impostazione è suffragata dall'insegnamento della Corte costituzionale (17 luglio 1998 n. 273), che ha avuto occasione di occuparsi proprio del valore precettivo da attribuire alla direttiva n. 85/337 con riguardo all'obbligo di sottoporre a v.i.a. i progetti di impianti di smaltimento di rifiuti speciali e non pericolosi.

La motivazione della sentenza, per la sua esaustiva chiarezza, merita di essere in parte trascritta: «4. (...) Secondo l'ordinamento italiano, pur potendo la materia della valutazione di impatto ambientale articolarsi in una molteplicità di discipline regionali, la individuazione dei casi in cui vi deve essere un obbligo di compiere tale valutazione per i progetti inclusi nell'allegato II della predetta direttiva Cee, resta disciplinata dall'art. 40 della l. 22 febbraio 1994 n. 146 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1993). Detta norma di legge (...) costituisce la base normativa dell'esercizio dell'atto di indirizzo e coordinamento impugnato, che provvede a delimitare l'ambito delle «condizioni, criteri e norme tecniche» stabilite per l'applicazione della procedura di impatto ambientale ai progetti inclusi nell'allegato II (...).

(...) Ed appunto l'art. 40 l. n. 146 del 1994 deve essere interpretato in logico collegamento con la direttiva n. 85/337/Cee, di cui costituisce attuazione per la parte che qui interessa (art. 4, par. 2 della stessa direttiva Cee).

Infatti, la qualificazione di importanza dell'impatto per i progetti di cui all'allegato II della direttiva Cee, in relazione a probabili ripercussioni sull'ambiente, è il risultato di un apprezzamento tecnico-discrezionale necessariamente unitario, nell'ambito del singolo Stato membro e, come tale, impegna tutte le Regioni e Province autonome ad osservarlo, rimanendo suscettibile, tuttavia, in base all'atto di indirizzo, di variazioni, a seconda delle particolarità delle esigenze del territorio, limitate a una banda di oscillazione delle soglie del 30% in più o in meno (art. 1, comma 7, in riferimento agli allegati D e B, dell'atto impugnato)».

La Corte, in altri termini, chiarisce che l'art. 40 della legge n. 146 del 1994, e il conseguente dpr 12 aprile 1996, hanno rappresentato lo strumento con il quale lo Stato italiano, anche al fine di sottrarsi ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione, (v. *Guce* 28 settembre 1992, n. C 250) e così ottemperando ai pressanti inviti della Comunità (v. il parere della Commissione 7 luglio 1993, citato nelle premesse del dpr 12 aprile 1996), ha inteso dare attuazione alla direttiva n. 85/337, per la parte relativa ai progetti cui all'allegato II.

Ne consegue che il combinato disposto di cui all'art. 40 della legge n. 146/1994 ed all'art. 1 del dpr 12 aprile 1996, non poteva non contenere, ad un tempo, la scelta precettiva essenziale, non modificabile, che offriva concretezza al recepimento della direttiva, rappresentata dall'imposizione dell'obbligo di procedere alla valutazione di impatto ambientale per tutti i progetti relativi ad impianti di cui all'allegato II, ed un insieme di disposizioni procedurali applicative, suscettibili di variazione ad opera della legislazione regionale entro il termine di nove mesi dalla pubblicazione dell'atto, ma anche idonee a rendere concretamente operante il principio di base, ove tale termine fosse inutilmente spirato.

Può infatti notarsi che, mentre l'art. 1, comma 2, del dpr demanda alle regioni la disciplina dei «contenuti» e delle «procedure» di v.i.a., i commi 3, 4, 5 e 6, prescrivono direttamente l'assoggettamento alla procedura di v.i.a., di tutti gli impianti già indicati nell'allegato II alla Direttiva, secondo una più articolata tipologia. In particolare, men-

tre i progetti di impianti di cui all'allegato A, come quello qui in discussione, la procedura di v.i.a è tassativamente prescritta, per i progetti di cui all'allegato B si distingue a seconda che ricadano oppure no in area protetta, pervenendosi a stabilire quanto meno l'obbligo di svolgere il procedimento di cui all'art. 10 del dpr, per verificare se il progetto richieda l'assoggettamento a procedura di v.i.a. (comma 6).

Preme rilevare, quindi, che alle richiamate disposizioni del dpr 12 aprile 1996, quale specificazione del disposto di cui all'art. 40 della legge n. 146 del 1994, andava riconosciuta forza vincolante, indipendentemente dall'intervento della disciplina regionale, in quanto solo a tale condizione potevano costituire adempimento di un obbligo derivante dall'appartenenza alla Comunità, obbligo che incombeva solo allo Stato-soggetto, in quanto «apprezzamento tecnico discrezionale necessariamente unitario nel singolo Stato membro» (Corte cost. sentenza citata), obbligo che sarebbe risultato ulteriormente violato ove l'efficacia dei principi della direttiva fosse stata rinviata al momento futuro ed incerto in cui le regioni avessero adottato la loro autonomia normativa.

Occorre dunque affermare, in linea con l'avviso della Corte costituzionale, che il dpr 12 aprile 1996, in quanto inserito nel procedimento di attuazione di una direttiva comunitaria, era provvisto di una efficacia precettiva particolare, generalmente estranea agli atti della stessa specie, quantomeno con riguardo alla scelta irreversibile di sottoporre a valutazione sotto il profilo ambientale tutti gli atti di cui all'allegato II della direttiva.

Nella specie tale valutazione non è stata compiuta dall'autorità competente, neppure nella limitata forma di cui all'art. 6 del dpr, e pertanto il procedimento autorizzativo risulta irrimediabilmente viziato.

Il rigetto della doglianza si risolve nella conferma della statuizione adottata dai primi giudici circa l'accoglimento del corrispondente motivo dedotto nei diversi ricorsi, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato. Potrebbero quindi considerarsi assorbite le questioni poste dagli altri motivi di appello, ma il Collegio ne ritiene opportuno l'esame ai fini di un più ampio indirizzo interpretativo.

5. Si propone in secondo luogo una censura di erroneità della sentenza con riguardo all'accoglimento del vizio di violazione dell'art. 27 del dlgo n. 22 del 1997, poiché alla conferenza di servizi, indetta dalla Regione Lombardia ai sensi della norma predetta, sono stati convocati, quali «enti locali interessati», soltanto la Provincia di Mantova e il Comune di Castiglione delle Stiviere, mentre è stata omessa l'invito a Comuni limitrofi e confinanti con il territorio del Comune sede della discarica.

Le appellanti ribadiscono la tesi favorevole all'interpretazione restrittiva della locuzione sopra trascritta, negando che possa immaginarsi a carico dell'Amministrazione un onere di individuazione di enti locali diversi da quelli che sono sede dell'impianto. Si ammette soltanto che un obbligo di convocazione poteva sussistere solo in caso di apposita domanda da parte del comune interessato, in base alla notizia dell'apertura del procedimento, che doveva desumersi dalla pubblicazione sul FAL di Mantova e sul BURL dell'avviso della presentazione della domanda di realizzazione dell'impianto.

Le censure vanno disattese per le ragioni già adeguatamente esposte nella sentenza di primo grado, che meritano conferma.

In particolare, in disparte l'ampiezza del dato testuale, che non autorizza una let-

tura così restrittiva, la Regione non ha neppure tenuto nel dovuto conto il parere del proprio Servizio Giuridico Legislativo che aveva consigliato di invitare gli enti che avessero presentato apposita istanza «previa adeguata pubblicità dell'iniziativa oggetto di autorizzazione».

Che la ricordata pubblicazione sul FAL e sul BURL della notizia della presentazione della domanda da parte dell'Impresa, troppo nota alle parti per dover essere trascritta, non rivestisse i caratteri della adeguata pubblicizzazione dell'iniziativa non richiede particolare dimostrazione.

Nella logica fatta propria, anche formalmente con la deliberazione 12 giugno 1997, dalla Regione di subordinare la convocazione alla domanda dell'ente locale interessato, occorre avere cura di diffondere la notizia, non tanto della presentazione dell'istanza di realizzare un impianto, che potrebbe anche restare lettera morta, quanto piuttosto dell'avvio del procedimento, e precisamente della convocazione della conferenza di servizi destinata ad assumere la decisione sostanziale di attuare il progetto. È la convocazione della conferenza che denota la volontà dell'autorità competente di dar corso all'iniziativa e conferisce attualità all'interesse ad interloquire, cosicché in assenza di domande di partecipazione può procedersi l'intervento dei soli soggetti indispensabili.

Non poteva essere ignorato, d'altra parte, almeno nell'ottica di una interpretazione di buona fede della normativa di settore, che l'art. 7, comma 1, della legge n. 241 del 1990 offre un canone interpretativo generale, che impone di coinvolgere nel procedimento, oltre i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento produce effetti, anche quelli facilmente individuabili che potrebbero riceverne pregiudizio.

Si veda infatti l'adesione a tale linea operativa in occasione della conferenza di servizi del 16 novembre 1998.

6. Il terzo mezzo di appello deduce l'inconsistenza delle doglianze di difetto di istruttoria avanzate in primo grado.

A tale riguardo occorre chiarire, preliminarmente, che il *thema decidendum* non verte sulla idoneità, sicurezza e affidabilità del progetto, qualità che, secondo le appellanti, non sarebbero state sostanzialmente negate dagli esiti della consulenza tecnica svolta dai periti del Tribunale di Mantova e versata in atti. La censura accolta dai primi giudici assumeva che la Regione ha approvato il progetto sebbene non fosse in possesso di tutte le informazioni di carattere tecnico che secondo la normativa in vigore erano destinate a garantire la necessaria compatibilità dell'impianto con la salvaguardia degli interessi pubblici fondamentali della salute e dell'ambiente.

E la sentenza ha ritenuto che fossero presenti negli atti esaminati alcune discrasie, delle quali le appellanti sostenevano l'irrilevanza, affermando anzi che la consulenza tecnica svolta nel procedimento penale, poi archiviato, forniva la prova che dalla realizzazione della discarica non potevano derivare i pericoli paventati dai ricorrenti, sia perché la falda si alimenta a monte dell'impianto, sia perché questo è ben congegnato e, prevedibilmente, ben gestito.

La doglianza in esame merita accoglimento.

Si può rilevare infatti, che le lacune messe in evidenza dalla consulenza tecnica si rivelano tali alla stregua di una progettazione assolutamente esaustiva di tutti i profili scientifici e previsionali dell'assetto del territorio considerato, in relazione alla realizzazione dell'impianto, quale sarebbe auspicabile che venisse svolta, ma non è

stato adeguatamente dimostrato che le stesse indagini fosse [*rectius*: fossero, *n.d.r.*] imposte dalle specifiche disposizioni regolanti la predisposizione dei progetti del tipo in esame.

In altri termini, la pretesa insufficienza dell'istruttoria, per assumere rilevanza come vizio di legittimità, anche sotto la forma dell'eccesso di potere, non poteva essere ancorata all'opinione, pur autorevole, espressa nella consulenza tecnica svolta a valle dell'autorizzazione impugnata, ma alla violazione di parametri tecnici desumibili dalle disposizioni vigenti, che non state indicate.

La circostanza, inoltre, che non sia stata riportata nella cartografia presentata dall'Impresa una determinata frazione del Comune, menzionata nella sentenza, non può costituire sintomo di insufficienza dell'istruttoria se l'insediamento dista a 1,5 km dalla discarica e la zona di rispetto fissata dal regolamento regionale è di 200 metri.

La conclusione di accoglimento, cui si perviene in ordine al motivo in esame, non muta come è evidente l'esito degli appelli, che vanno complessivamente rigettati.

La spese possono essere compensate.

(Omissis)

LA CONFERENZA DI SERVIZI IN MATERIA DI REALIZZAZIONE DI UNA DISCARICA: LA PARTECIPAZIONE DEGLI «ENTI LOCALI INTERESSATI»

Tra le maggiori problematiche che caratterizzano la società civile e consumistica dei nostri giorni vi rientrano, senza dubbio, la produzione sempre più cospicua e ingombrante dei rifiuti, la loro gestione e il conseguente dilemma di come procedere al loro smaltimento. In tale contesto, la realizzazione degli impianti di smaltimento rappresenta una delle soluzioni ambientali possibili e fortemente auspiccate in sede comunitaria e nazionale. A tal fine, numerosi sono i fattori ecologici che devono essere attentamente valutati e gli accorgimenti da apprestarsi prima di dare concreta attuazione a tali strutture, a cominciare dalla scelta ponderata della loro "giusta" collocazione territoriale che include la predisposizione di attenti studi geologici, geomorfologici, topografici, planimetrici, nulla osta paesaggistici, la ricerca di sufficienti finanziamenti, etc.

La realizzazione e la gestione di un impianto di smaltimento di rifiuti speciali, non tossici e nocivi, nel Comune di Castiglione delle Stiviere, in Provincia di Mantova, è la tematica che viene sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato nella sentenza in commento. Tralasciando le questioni processuali, l'attenzione viene rivolta a quelle procedimentali che presiedono l'approvazione delle delibere regionali e che consentono di scegliere tra differenti soluzioni ambientali quelle ottimali per favorire la riduzione dei rifiuti.

Mentre allo studioso del diritto possono apparire interessanti le originali argomentazioni offerte dal Consiglio di Stato che privilegiano la normativa di trasposizione e attuazione in via regolamentare su quella legislativa regionale, nell'ambito della direttiva Ce sulla valutazione di impatto ambientale allo sguardo immediato e pratico dell'operatore giuridico, particolare rilievo assumono gli approcci offerti nell'individuazione e nella distinzione dei soggetti «interessati» e di quelli «necessari» chiamati a partecipare e/o a contribuire (tramite lo strumento della conferenza dei servizi), alle scelte decisionali che presiedono la realizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti.

Sotto il primo profilo, proprio con riferimento alle probabili ripercussioni sull'ambiente che determinate opere ambientali, pubbliche o private, possono avere, la direttiva del Consiglio n. 85/337/Cee¹, e sue successive modifiche, stabilisce quali progetti *devono* (allegato I) e quali *possono* (allegato II) essere oggetto della valutazione di impatto ambientale, postulando, di conseguenza, ora un obbligo, ora una facoltà in capo agli Stati membri. Facoltà che non deve risolversi per l'amministrazione procedente in una condotta arbitraria nella scelta tra più soluzioni prospettate, ma nell'individuare quei criteri che devono presiedere *il risultato di un apprezzamento tecnico-discrezionale necessariamente unitario* diretto a fondare il provvedimento finale da assumersi.

La direttiva VIA, nonostante sia destinata a vincolare gli Stati membri cui è rivolta, per quanto riguarda il risultato da raggiungere, demandando alle autorità nazionali l'adozione e la scelta della forma e dei mezzi più opportuni, è stata segnalata, dai giudici comunitari, come normativa contenente talune disposizioni che esplicano effetti diretti all'interno degli ordinamenti nazionali². Caratteristica quest'ultima che consente alle norme così connotate, (*self executing*), di anticipare la trasposizione della direttiva a cui si riferiscono all'interno degli ordinamenti nazionali, anche prima del termine in essa previsto. Trattasi di ipotesi particolari (anche se sempre più frequenti) che forzano la natura dell'atto in esame, in quanto non lasciano, allo Stato membro destinatario, alcun spazio circa la discrezionalità riconosciuta in via di principio in ordine alla loro attuazione³.

La direttiva VIA n. 85/337/Cee è stata recepita nel nostro ordinamento dall'art. 40, comma 1, della legge 22 febbraio 1994 n. 146, ed è stata trasposta con il dpr 12 aprile 1996. Tale atto regolamentare, per quanto interessa in questa sede, prevede di sottoporre a valutazione ambientale tutti gli atti di cui all'allegato II della direttiva VIA. Tra questi, sono contemplati i progetti diretti a realizzare gli impianti di smaltimento dei rifiuti non tossici e nocivi, quale quello che doveva essere realizzato nel territorio lombardo e che, con-

¹ Direttiva del Consiglio del 27 giugno 1985, n. 85/377/Cee (in *Guce* n. L 175 del 5 luglio 1985, p. 40). La direttiva è entrata in vigore il 3 luglio 1985 (termine ultimo di adempimento per gli Stati membri). V. anche la direttiva n. 97/11/Ce del Consiglio, del 3 marzo 1997, (in *Guce* n. L 73 del 14 marzo 1997, p. 5), che modifica la direttiva n. 85/337/Cee e che postula il 14 marzo 1999 quale termine ultimo di trasposizione all'interno degli Stati membri.

² Gli artt. 2, 3 e 8 della direttiva n. 85/337/Cee hanno efficacia diretta all'interno degli ordinamenti degli Stati membri. Sentenza della Corte giustizia dell'11 agosto 1995 in causa n. C-431/92, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2189. In argomento v. A. GRATANI, *Quando la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare la direttiva 85/335/CEE nonostante questa non sia stata trasposta nell'ordinamento interno*, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, p. 840 ss.

³ Diversamente, la presenza di direttive quadro, di recente ingresso nel settore ambientale (quale la direttiva n. 2000/60/Ce del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro comunitario per la protezione delle acque, in *Guce* n. L 327 del 22 dicembre 2000, p. 1) e che mirano a riordinare la materia precedentemente elaborata in ambito comunitario (quasi una sorta di testi unici comunitari), sembra restituire al legislatore nazionale il pieno esercizio della discrezionalità in sede di trasposizione.

trariamente a quanto previsto dal dpr del 1996, è sfuggito alla procedura VIA.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, non sembra valorizzare i connotati di cui sopra che postulano un'efficacia diretta per talune disposizione della direttiva comunitaria, bensì, richiamando la pronuncia della Corte costituzionale del 17 luglio 1998 n. 273, giunge ad affermare che il dpr 12 aprile 1996, in quanto inserito nel procedimento di attuazione di una direttiva comunitaria, rappresenta un provvedimento normativo dotato di «una efficacia precettiva particolare, generalmente estranea agli atti della stessa specie», di «forza vincolante, indipendentemente dall'intervento della disciplina regionale» che gli consente di prevalere sugli atti legislativi regionali, proprio con riferimento alla scelta governativa adottata di sottoporre a valutazione determinati progetti a VIA.

Benché appaia sicuramente originale la ricostruzione offerta sopra, laddove perviene ad attribuire una supremazia ad uno specifico atto regolamentare rispetto a quello legislativo regionale, quand'anche di attuazione di un atto comunitario, quasi sottintendendo l'istituto della norma costituzionale interposta (art. 11 Cost.), essa trova la sua fondamentale ragione nel constatare che l'art. 40 della legge n. 146 del 1994 ed il conseguente dpr 12 aprile 1996, rappresentano una «scelta precettiva essenziale, non modificabile», mediante la quale lo Stato italiano si sottrae alla procedura di infrazione della direttiva n. 85/337/Cee, proprio per la parte relativa ai progetti cui all'allegato II. Ne consegue che la previsione ivi inserita, consistente nel sottoporre a VIA progetti la cui scelta facoltativa è demandata dalla Comunità europea allo Stato, e l'insieme delle disposizioni procedurali applicative, hanno un effetto impositivo su tutto il territorio nazionale, ivi comprese le Regioni e le Province autonome. Ciò anche laddove queste ultime non abbiano voluto o potuto procedere autonomamente a dettarne una peculiare disciplina nei termini prescritti (entro i nove mesi dalla pubblicazione dell'atto – dpr 12 aprile 1996 –).

Ancora più originale ed isolata emerge la sopra delineata configurazione soprattutto se la pronuncia in commento viene rapportata ad un'altra (Cons. Stato del 28 giugno 2004 n. 4780⁴) di qualche mese dopo che investe al pari la medesima fattispecie, seppure, in altra località territoriale (la realizzazione di una discarica nel Comune di Irgine Notaresco in provincia di Teramo). In questa sede, il Consiglio di Stato, precisando al riguardo che: «sul punto la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi sia pure con riferimento alle disposizioni di indirizzo e coordinamento emanate con dpcm 3 settembre 1999, che ha in parte modificato il dpr del 1996 di cui si tratta (in termini, sez. V, n. 3917 - 11 luglio 2002)» giunge ad una opposta configurazione del dpr 12 aprile 1996, ritenendo che: «Giuridicamente inesatta è, infatti, la tesi della diretta ed immediata applicabilità del citato atto di indirizzo e coordinamento, per

⁴ In www.giustizia-amministrativa.it.

l'ovvia considerazione che esso non riveste un contenuto normativo di natura e valore immediatamente vincolante e precettivo, con efficacia erga omnes». Tuttavia anche la pronuncia n. 4780/2004 presenta dei connotati originali laddove osserva che nelle linee generali, gli atti di indirizzo in senso proprio (quale appunto il decreto presidenziale di cui si discute) non hanno forza innovativa dell'ordinamento degli enti destinatari, i quali sono tenuti ad adeguarvisi ma, in caso di inottemperanza, deve essere intrapresa quella particolare procedura che consente al Governo l'esercizio dei poteri che gli competono in via sostitutiva, senza che le disposizioni di indirizzo siano, esse stesse direttamente applicabili.

All'insegna dei principi come quello della cedevolezza⁵ delle norme statali, della leale collaborazione, della sussidiarietà e dell'esercizio del potere sostitutivo, scarso pregio sembra comunque acquisire l'ultimo orientamento testè ricordato e altresì perorato, con poco successo, dalla Regione Lombardia nella sentenza in commento, che pretende di rivendicare l'autonomia legislativa e la superiorità della propria potestà, seppure nell'ambito delle ritenute proprie competenze, anche laddove non abbia provveduto all'*attuazione degli obblighi comunitari*. Difatti, non vi è chi non veda come nel silenzio della Regione, trovi comunque applicazione il potere sostitutivo statale, quand'anche espresso attraverso atti di indirizzo e coordinamento di natura regolamentare e che, qualora l'ente inadempiente vi proceda, la norma statale risulta automaticamente avere effetti cedevoli.

Giova ricordare, al riguardo, che il potere sostitutivo statale è oggi previsto a livello costituzionale, a seguito della L. cost. n. 3/2001⁶, e, a livello legislativo, da ultimo con la legge n. 11/2005⁷, che ridisegna ed abroga la legge La Pergola n. 86/1989⁸. La Carta costituzionale del 1948 non faceva alcuna

⁵ V. Parere del Consiglio di Stato, Adunanza generale, del 25 febbraio 2002, n. 2. In: www.filodiritto.com; v. anche P. BONETTI, *Stato in campo se c'è inerzia delle Regioni*, in *Il Sole 24 Ore* del 27 marzo 2002. È bene ricordare inoltre che in base all'art. 1 della legge comunitaria 2001 (promulgata il 1° marzo 2002) la clausola di cedevolezza deve essere inclusa nei testi dei decreti legislativi con cui si esercita il potere sostitutivo del Governo. La legge n. 11/2005 prevede espressamente tale principio. V. *infra*, nota 7.

⁶ Legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3, in *Guri* n. 248 del 24 ottobre 2001.

⁷ Legge del 4 febbraio 2005, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, in *Guri* n. 37 del 15 febbraio 2005.

⁸ L'introduzione in via legislativa di poteri sostitutivi statali interviene attraverso due previsioni generali sempre negli anni 1970: l'art. 4 e l'art. 6 del dpr n. 616 del 1977: l'art. 6, con specifico riferimento all'*attuazione degli obblighi comunitari*. È mancata una norma generale di disciplina della sostituzione nei confronti delle *funzioni amministrative proprie*, giustificata dalla tutela di tutti gli altri interessi nazionali diversi dal rispetto degli obblighi comunitari da parte dello Stato. Una forma di intervento sostitutivo del Governo è dettata anche dall'art. 2 della legge n. 400 del 1988 che conferisce ai Ministri la possibilità di sopperire all'inadempimento delle Regioni mediante decreto legislativo. Con la legge La Pergola n. 86/1989 (art. 6) viene previsto che, accertata la perdurante inattività delle Regioni, il Consiglio dei Ministri, coadiuvato dall'intervento di una Commissione, possa adottare i provvedimenti necessari all'adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi comunitari, sostituendosi ai governi regionali. L'inerzia regionale decorre dalla sca-

menzione dei poteri sostitutivi statali, azionabili nell'ipotesi di inerzia amministrativa o legislativa delle Regioni, responsabili quindi di un inadempimento tale da pregiudicare le esigenze unitarie ritenute meritevoli di tutela. Una problematica intorno al potere sostitutivo inizia a prospettarsi concretamente solo a seguito dell'entrata in funzione delle Regioni ordinarie. In precedenza, l'attenzione era solo di carattere dottrinale, ed era nel senso di prospettare una radicale illiceità di interventi sostitutivi di qualsivoglia natura da parte dello Stato nei confronti delle Regioni. Occorre attendere le sentenze della Corte costituzionale degli anni 1970⁹ per giustificare la scelta che il legislatore più tardi opererà *in primis* col ricorso all'istituto della delega alle Regioni di funzioni amministrative (in luogo del trasferimento), inerenti all'attuazione di obblighi comunitari e, poi, al potere sostitutivo statale nei confronti delle funzioni proprie delle Regioni, potere ritenuto coesistente alla delega di funzioni. Così nell'ordinamento italiano, il *potere sostitutivo* trova subito ampia approvazione, fin dal momento della sua prima formulazione da parte della Corte costituzionale, proprio per far fronte all'inerzia generata dall'amministrazione regionale e locale in grado di compromettere interessi costituzionalmente tutelati. In questo contesto, l'esercizio del *potere sostitutivo* nasce appositamente come strumento d'intervento dello Stato nei confronti di Regioni e degli Enti locali e diviene un approccio garantistico di fronte all'inadempimento degli obblighi comunitari.

Oggi, il mancato rispetto della normativa comunitaria rappresenta uno dei presupposti in base al quale l'art. 120, comma 2 della Costituzione consente al Governo di sostituirsi agli organi di Regioni ed Enti locali nel rispetto delle procedure dettate dalla legge che rendono conforme l'esercizio del *potere sostitutivo* ai principi di *sussidiarietà* e di *leale collaborazione*. Lo Stato, nella sua veste di interlocutore primario della Comunità europea e degli Stati ad essa aderenti, risulta essere il soggetto responsabile dell'adempimento degli ob-

denza della data in cui si ha l'obbligo di recepire le direttive comunitarie. Solo con l'art. 5 del dlvo n. 112/98, l'ordinamento italiano cerca di porre una *disciplina generale* dei presupposti sostanziali e dei requisiti procedurali dei poteri sostitutivi statali, riordinando l'istituto, in precedenza di natura prevalentemente giurisprudenziale. V. in argomento P. CARETTI, *Il potere sostitutivo statale: un problema di garanzie procedurali o sostanziali per l'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, 1990, p. 1846; A. CELOTTO, *Competenze regionali e potere sostitutivo statale nell'attuazione del diritto comunitario*, (Nota a C. cost. 27 luglio 1989, n. 460) in *Giur. it.*, 1990, fasc. 7 (luglio), pt. 1A, p. 1041-1052; G. AMENTA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie: la legge 9 marzo 1989, con le modifiche apportate dalla legge 24 aprile 1998*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 41; F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 154. In proposito si veda anche E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in *La Repubblica delle autonomie*, loc. cit., p. 186; C. PINELLI, *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, c. 195.

⁹ Sentenza della Corte cost. del 26 luglio 1979, n. 81, in *Giur. cost.* 1979, p. 622. Nella sentenza la Corte costituzionale giustifica l'attribuzione al Governo del potere di sostituirsi all'amministrazione regionale qualora non attui la direttiva n. 75/268/Cee, relativa all'agricoltura di montagna, sulla base di un principio tendente ad impedire che per fatto imputabile alle Regioni sorgano illeciti verso l'ordinamento comunitario.

blighi comunitari ed è quindi legittimato ad utilizzare tutti quegli strumenti che ha a disposizione per non trovarsi impotente di fronte alla violazione di norme comunitarie.

Alla luce del delineato quadro, si comprende la pronuncia del Consiglio di Stato che conferma i vizi della delibera regionale lombarda impugnata che aveva approvato la realizzazione dell'impianto di smaltimento dei rifiuti, sottraendola alla procedura VIA, nonostante questa fosse prevista dal dpr del 1996 sopra richiamato. Atteso che l'intervento statale di vigilanza sull'adempimento di pretesi obblighi comunitari non è diretto ad incidere sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regione, come riconosciuto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 26 marzo 2003, nel caso che concerne Castiglione delle Stiviere, è possibile osservare, ancora una volta, come l'intervento sostitutivo del Governo si sia rivelato un metodo utile a sanare l'inadempimento regionale, ancor prima che la Commissione europea potesse rilevare una violazione al diritto comunitario.

È bene osservare che la realizzazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti richiede, principalmente, l'applicazione di due ben distinte normative: la prima, concernente la procedura di valutazione ambientale, analizzata sopra, in considerazione degli effetti nocivi che potrebbero derivare all'ecosistema; la seconda, concernente la normativa sui rifiuti (dlgvo n. 22/1997¹⁰ e successive modifiche, anch'esso di attuazione di ben tre direttive comunitarie). Una problematica latente, ma non affrontata dal Consiglio di Stato, è quella che concerne il rapporto tra le due normative (VIA e rifiuti), laddove entrambe disciplinano la partecipazione, il coinvolgimento e l'interrelazione di numerosi soggetti (amministrazioni, imprese e cittadini), tramite la conferenza dei servizi. Secondo alcuni autori e in base ad alcune pronunce il loro rapporto deve essere risolto secondo il principio della specialità; secondo altri, non vi sarebbe una totale sovrapposizione data l'esistenza di obiettivi distintamente disciplinati. Conformi all'ultimo orientamento testè citato sono il TAR Sicilia e il TAR Basilicata¹¹, che ritengono che la conferenza dei servizi (prevista dall'art. 3 bis l. 29 ottobre 1987 n. 441) in tema dei rifiuti, si palesa come un approccio istruttorio mediante il quale vengono acquisiti ed esaminati tutti gli elementi sulla compatibilità del progetto con le esigenze ambientali e territoriali, che poi formeranno oggetto del provvedimento regionale finale. Diversamente, la conferenza dei servizi apprestata in tema di valutazione di impatto ambientale ad opera del Ministero dell'ambiente in forza del-

¹⁰ Dlgvo n. 22/1997, del 5 febbraio 1997, «Attuazione delle direttive 91/156/Cee sui rifiuti, 91/689/Cee sui rifiuti pericolosi e 94/62Ce sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio», successivamente modificato, in *Guri* n. 38 del 15 febbraio 1997.

¹¹ T.A.R. Sicilia, 15 gennaio 2001, n. 150, *Com. Melilli c. Assess. reg. territorio e altri*, in *Ragiusan*, 2001, f. 204-5, p. 98. T.A.R. Basilicata, 13 settembre 1997, n. 278, *Soc. Fenice c. Regione Basilicata e altri*, in *Ragiusan*, 1998, f. 168, p. 143.

l'art. 8 della legge 9 novembre 1988 n. 475, per gli impianti di trattamento e stoccaggio dei rifiuti urbani, si limita ad esaminare solo le ripercussioni possibili delle opere da realizzare sulle esigenze ambientali circostanti.

Qualunque sia la soluzione scelta, è indubbio che l'istituzione di una conferenza dei servizi deve precedere l'emanazione di qualsiasi provvedimento con cui la Regione intenda esprimere la propria definitiva determinazione in ordine alla realizzazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti e deve essere rinnovata, ogni qualvolta venga modificata la stessa localizzazione dell'intervento¹².

Benché, il Consiglio di Stato non affronti la tematica sopra delineata, esso giudica che la nozione di «enti locali interessati», di cui all'art. 27 del dlgs n. 22/1997, chiamati a far parte della conferenza dei servizi, deve essere interpretata estensivamente, tale da consentire il massimo ingresso di tutti i soggetti che si ritengano coinvolti nella scelta decisionale di collocazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti. In tal guisa, non solo i comuni territorialmente interessati devono essere ammessi a partecipare, bensì anche quelli limitrofi e confinanti e qualunque altro che possa ritenersi pregiudicato dall'installazione di una discarica, verificandosi, in caso contrario, una irragionevole ed illegittima limitazione¹³ dei partecipanti. Una tale presa di posizione, secondo il Consiglio di Stato appare rispondere meglio anche alla logica sistematica che domina l'art. 7, comma 1, della legge n. 241 del 1990¹⁴, quale canone interpretativo generale, che impone di coinvolgere nel procedimento, oltre ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento produce effetti, anche quelli facilmente individuabili che potrebbero subire ripercussioni negative. Del resto, la legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, quale disciplina di carattere generale dell'istituto della conferenza di servizi¹⁵, non ha disposto l'abrogazione delle normative previgenti, da essa difformi, contenute in leggi speciali, restando queste ultime pienamente operanti anche in materia di approvazione dei progetti di trattamento e smaltimento dei rifiuti¹⁶.

¹² Cons. Stato, sez. IV, 21 novembre 2001, n. 5898, *Cons. Parco Lombardo Valle del Ticino c. Regione Lombardia e altri*, in *Foro amm.*, 2001, p. 2763; T.A.R. Basilicata, 13 settembre 1997, n. 278, *Soc. Fenice c. Regione Basilicata e altri*, in *Ragiusan*, 1998, f. 168, p. 143; T.A.R. Abruzzi Pescara, 20 febbraio 1991, n. 166, *Sboriga c. Regione Abruzzo*, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, p. 1428.

¹³ T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 23 settembre 1995, n. 950, *Chicchiarello e altri c. Prov. Foggia e altri*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2055.

¹⁴ Legge del 7 agosto 1990 n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Guri* n. 192 del 18 agosto 1990. L'art. 7 è rimasto immutato nonostante l'intervenuta novella della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, in *Guri* n. 42 del 21 febbraio 2005.

¹⁵ Sulla disciplina dettata dalla l. n. 241/1990 rivisitata dalla l. n. 15/2005 in tema di conferenza di servizi ved. gli artt. 14, 14 *bis-quinquies*.

¹⁶ T.A.R. Veneto, sez. I, 11 novembre 1999, n. 1985, *Com. Villafranca di Verona c. Regione Veneto e altri*, in *Ragiusan*, 2000, f. 192, p. 165.

Così decidendo il Consiglio di Stato, oltre a favorire un'interpretazione testuale che rifugge da qualsiasi preclusione o limitazione, postula a carico dell'Amministrazione un onere di individuazione degli enti locali interessati diversi da quelli necessari che sono identificati con riferimento alla sede dell'impianto. Né al riguardo trova alcuna giustificazione, nel caso della Regione Lombardia, che si è limitata a convocare solo il Comune di Castiglione delle Stiviere e la Provincia di Mantova (enti locali c.d. necessari), la sussistenza della deliberazione regionale del 12 giugno 1997, che consentirebbe la partecipazione al procedimento a quei soggetti che avessero presentato apposita istanza, atteso che una tale disposizione potrebbe trovare accesso solo qualora fosse dimostrata una adeguata ed ampia forma pubblicitaria, tale da coinvolgere tutti gli altri soggetti e amministrazioni possibilmente interessati. Presupposto quest'ultimo (effettiva e diffusa conoscenza dell'*iter* procedimentale intrapreso) che si realizza proprio con quel particolare strumento, che è la conferenza dei servizi, omesso nel caso di specie benché specificamente disciplinato nel caso di realizzazione di impianti di smaltimento dei rifiuti. Ne consegue che, solo qualora venga indetta la conferenza dei servizi, e nessun ente chieda di farvi parte, si può procedere alla sola convocazione dei soggetti necessari ovvero indispensabili, quali quelli interessati direttamente e territorialmente.

In tale ambito, il Consiglio di Stato si esprime in modo estremamente chiaro affermando che «È la convocazione della conferenza che denota la volontà dell'autorità competente di dar corso all'iniziativa e conferisce attualità all'interesse ad interloquire, cosicché in assenza di domande di partecipazione può procedersi l'intervento dei soli soggetti indispensabili». Una tale prospettiva consente di identificare due ordini di amministrazioni (e di altri soggetti da coinvolgere a vario titolo): gli «enti locali interessati» e gli «enti locali necessari». Mentre in quest'ultima categoria sono inclusi quei soggetti che devono essere sempre convocati, nella prima rientrano tutti i possibili interlocutori pubblici¹⁷, cui vanno ad aggiungersi le associazioni o i privati cittadini intenzionati a partecipare al procedimento, esprimendo le proprie valutazioni, contributi, opinioni etc. ed il cui ingresso appare doveroso, se richiesto. A fronte della carenza di definizioni idonee ad identificare gli «enti locali interessati», la ricerca deve essere condotta empiricamente. Così si apprende che a volte vi rientrano quei soggetti che possono subire danni dalla scelta dell'area in cui si intende ubicare la discarica stessa¹⁸, a volte i «comuni non de-

¹⁷ In merito alla giurisprudenza amministrativa che richiede la convocazione di «tutte le amministrazioni statali e regionali competenti e i comuni interessati» v. T.A.R. Veneto, sez. III, 31 gennaio 2001, n. 248, *World Wildlife Fund Italia e altri c. Min. ind. e altri*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, p. 830, con nota di M. CERUTI; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2000, n. 6486, *Cons. Iricav Uno c. Bracaglia e altri*, in *Foro amm.*, 2000, f. 12.

¹⁸ V. in argomento T.A.R. Veneto, 21 febbraio 1996, n. 218, *Com. Montecchio e altri c. Regione Veneto e altri*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, p. 1341, in *Riv. amm.*, 1996, p.723, con nota di M. CERUTI.

cidenti» cioè quegli enti locali non toccati territorialmente¹⁹; a volte gli enti comunque tenuti ad adottare atti di intesa o a rilasciare pareri, autorizzazioni, nulla osta, previsti dalle leggi statali o regionali²⁰; a volte i responsabili degli uffici regionali competenti nonché i rappresentanti degli enti locali interessati²¹; a volte i «comuni limitrofi»²², a volte gli enti locali portatori di un qualificato interesse esponenziale ad interloquire, nella fase procedimentale acquisitiva di tutti gli elementi conoscitivi utili sull'impatto ambientale e territoriale di esso²³; a volte, infine, gli «enti comunque coinvolti»²⁴.

L'orientamento univoco assunto dal Consiglio di Stato, oltre a recepire la conforme giurisprudenza formatasi negli anni²⁵, trova la sua *ratio* nel considerare che ogni soggetto ed ente, a vario titolo interessato al procedimento di localizzazione di impianti di gestione dei rifiuti e quindi al provvedimento finale, nel far conoscere il proprio punto di vista secondo lo schema della c.d. partecipazione funzionale, è espressione di un interesse pubblico di cui l'ente locale territoriale è portatore a fini generali; un interesse non limitato alla mera conformità urbanistica dell'impianto, ma diretto ad investire anche i profili ambientali e di urbanizzazione del territorio; un interesse che si esprime attraverso l'esercizio di un potere non dissimile da quello del soggetto pubblico che emana il provvedimento finale, atteso che in tale *iter* ogni apporto conserva la propria autonomia.

Nonostante lo sforzo operato in questa sede di ricostruzione delle pronunce giurisprudenziali per individuare i possibili soggetti interessati a parte-

¹⁹ Si riconosce infatti legittimazione attiva a ricorrere ai «comuni non decidenti», tanto più se il provvedimento finale sia antitetico rispetto alle conclusioni dagli stessi rassegnate in quella sede, considerato altresì che la conferenza di servizi ha valenza esclusivamente istruttoria» T.A.R. Piemonte, sez. II, 31 marzo 1999, n. 194, *Com. Dusino S. Michele, Com. Alice Castello e altri c. Regione Piemonte e altri*, in *Foro amm.*, 2000, p. 146.

²⁰ T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 25 ottobre 2001, n. 1319, *Cisi Campania c. Min. dell'interno e altri*, in *Foro amm.*, 2001, nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 1° marzo 2001, n. 1152; Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1002.

²¹ T.A.R. Abruzzi Pescara, 20 febbraio 1991, n. 166, *Sboriga c. Reg. Abruzzo*, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, p. 1428.

²² La prossimità dell'impianto al territorio comunale costituisce elemento di collegamento rilevante in funzione dell'interesse dell'ente territoriale a partecipare alla conferenza provinciale ed ivi rappresentare il proprio punto di vista, quale ente esponenziale di comunità locale potenzialmente esposta agli effetti negativi dell'attivazione dell'impianto. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 23 settembre 1995, n. 950, *Chiucchiarello e altri c. Prov. Foggia e altri*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2055.

²³ T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 23 settembre 1995, n. 950, *Chiucchiarello e altri c. Prov. Foggia e altri*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2055.

²⁴ Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 1999, n. 139, *Soc. Eco Geo Drilling c. Prov. Foggia e altri*, in *Foro amm.*, 1999, p. 735; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3194; in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, p. 1068; in *Comuni d'Italia*, 1999, p. 1608.

²⁵ T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 21 dicembre 2000, n. 2949, *Soc. Ecogest c. Com. Fasano e altri*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, p. 651, con nota di S. BELTRAME; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 14 maggio 1997, n. 342, *Soc. Eco Geo Drilling c. Prov. Foggia e altri*, in *Foro amm.*, 1998, p. 556; nello stesso senso v. T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 14 maggio 1997, n. 342, *Soc. Eco Geo Drilling c. Prov. Foggia e altri*, in *Dir. e Giur. Agr.*, 1997, p. 603.

cipare ad una conferenza di servizi in materia di rifiuti, si deve sottolineare che questa rappresenta uno strumento procedimentale di carattere istruttorio, di emersione e comparazione di interessi pubblici, di composizione preventiva di eventuali conflitti anche giudiziari, che trova nel provvedimento regionale, adottato a maggioranza²⁶, l'espressione finale di una potestà autonoma, non vincolata dai pareri negativi espressi dai rappresentanti degli enti locali in seno alla stessa conferenza. Difatti, la delibera regionale può legittimamente anche contraddire le risultanze della stessa conferenza sempre che della decisione venga fornita adeguata motivazione²⁷. Ne consegue che la mancata presenza di qualche soggetto, benché ritualmente notiziato e/o convocato, è influente ai fini della validità del provvedimento di approvazione di un progetto di discarica²⁸.

In conclusione, a fronte dei numerosi interessi (sociali, politici, economici, ambientali) contrapposti e delle ripercussioni immediate che si verificano sul territorio circostante a quello deputato ad ospitare impianti di smaltimento dei rifiuti, nonché sui centri abitati limitrofi (cattivi odori, esalazioni di composti organici, aumento del traffico dei veicoli che trasportano rifiuti, possibili infiltrazioni nel terreno e nelle acque, etc.), nonché sui soggetti economici diretti ad investire in una determinata area, particolare attenzione deve essere prestata a qualunque forma di coinvolgimento idonea a favorire la partecipazione di tutti i soggetti potenzialmente interessati, pubblici e privati, (amministrazioni, imprese, associazioni e cittadini) chiamati a svolgere in questa materia un ruolo determinante e risolutivo.

Adabella Gratani*

²⁶ T.A.R. Veneto, sez. I, 16 dicembre 1998, n. 2509, *Comitato No discarica c. Cons. Alessandrino raccolta trasp. smaltimento rifiuti*, in *Ragiusan*, 2000, f. 189, p. 129.

²⁷ T.A.R. Veneto, 24 luglio 1996, n. 1425, *Com. Grisignano di Zocco e altri c. Regione Veneto e altri*, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, p. 3728; Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 1999, n. 139, *Soc. Eco Geo Drilling c. Prov. Foggia e altri*, in *Vita Notar.*, 1999, p. 1332; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 1999, n. 212, *Com. Montecchio Precalcino e altri c. Prov. Vicenza e altri*, in *Foro amm.*, 1999, p. 678; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1999, n. 930, *Reg. Piemonte c. Com. Pianezza e altri*, in *Foro amm.*, 1999, p. 1474; T.A.R. Lombardia Brescia, 25 agosto 1999, n. 756, *Com. Treviglio c. Regione Lombardia e altri*, in *Ragiusan*, 2000, f. 188, p. 191.

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1998, n. 1088, *Piccola Casa Divina Provvidenza Cottolengo c. Regione Piemonte e altri*, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, p. 1391, in *Foro amm.*, 1998, p. 2021; in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 1313, con nota di A. CRISAFULLI, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, p. 511, con nota di P. BRAMBILLA.

* Avvocato in Milano - Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Pavia.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

LA RECENTE DISCIPLINA COMUNITARIA SUL NEGATO IMBARCO AEREO (C.D. «*OVERBOOKING*»)

Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (Cee) n. 295/91*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 80, par. 2,
vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo²,
previa consultazione del Comitato delle Regioni,
deliberando secondo della procedura di cui all'art. 251 del Trattato³, visto il progetto comune approvato dal comitato di conciliazione il 1° dicembre 2003,
considerando quanto segue:

* In *Gu-Ue* n. L 46 del 17 febbraio 2004, p. 1 ss. In argomento v. *infra*, p. 129 ss., il commento di MASSIMO FRAGOLA.

¹ *Guce* n. C 103 E del 30 aprile 2002, p. 225 e *Gu-Ue* n. C 71 E del 25 marzo 2003, p. 188.

² *Guce* n. C 241 del 7 ottobre 2002, p. 29.

³ Parere del Parlamento europeo del 24 ottobre 2002 (*Gu-Ue* n. C 300 E dell'11 dicembre 2003, p. 556), posizione comune del Consiglio del 18 marzo 2003 (*Gu-Ue* n. C 125 E del 27 maggio 2003, p. 63) e posizione del Parlamento europeo del 3 luglio 2003. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 18 dicembre 2003 e decisione del Consiglio del 26 gennaio 2004.

(Omissis)

hanno adottato il presente regolamento:

Articolo 1 - Oggetto

1. Il presente regolamento stabilisce, alle condizioni in esso specificate, i diritti minimi dei passeggeri in caso di:

- a. negato imbarco a passeggeri non consenzienti;
- b. cancellazione del volo;
- c. ritardo del volo.

2. Resta inteso che l'applicazione del presente regolamento all'aeroporto di Gibilterra lascia impregiudicate le posizioni giuridiche rispettive del Regno di Spagna e del Regno Unito in merito alla controversia relativa alla sovranità sul territorio nel quale detto aeroporto è situato.

3. L'applicazione del presente regolamento all'aeroporto di Gibilterra è sospesa fino alla data in cui gli accordi di cui alla dichiarazione comune resa dai ministri degli Affari esteri del Regno di Spagna e del Regno Unito il 2 dicembre 1987 cominciano ad esercitare i loro effetti. I Governi della Spagna e del Regno Unito comunicheranno al Consiglio tale data.

Articolo 2 - Definizioni

Ai sensi del presente regolamento, si intende per:

- a. «vettore aereo»: un'impresa di trasporto aereo munita di valida licenza di esercizio;
- b. «vettore aereo operativo»: un vettore aereo che opera o intende operare un volo nell'ambito di un contratto con un passeggero o per conto di un'altra persona, fisica o giuridica, che abbia concluso un contratto con tale passeggero;
- c. «vettore comunitario»: un vettore aereo munito di valida licenza di esercizio rilasciata da uno Stato membro ai sensi delle disposizioni del regolamento (Cee) n. 2407/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei⁵;
- d. «operatore turistico»: un organizzatore, ad esclusione di un vettore aereo, ai sensi dell'art. 2, punto 2, della direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso";
- e. «servizio tutto compreso»: i servizi definiti all'art. 2, punto 1, della direttiva n. 90/314/Cee⁶;
- f. «biglietto»: un documento in corso di validità che dà diritto al trasporto o un titolo equivalente in forma non cartacea, compresa la forma elettronica, emesso o autorizzato dal vettore aereo o dal suo agente autorizzato;
- g. «prenotazione»: il fatto che il passeggero è in possesso di un biglietto, o di un altro titolo, che attesti che la prenotazione è stata accettata e registrata dal vettore aereo o dall'operatore turistico;
- h. «destinazione finale»: la destinazione indicata sul biglietto esibito al banco di accettazione o, in caso di coincidenza diretta, la destinazione dell'ultimo volo; i voli

⁵ Guce n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 1.

⁶ Guce n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59.

alternativi in coincidenza disponibili non sono presi in considerazione se viene rispettato l'orario di arrivo originariamente previsto;

i. «persona con mobilità ridotta»: un soggetto la cui mobilità sia ridotta, nell'uso del trasporto aereo, per via di una minorazione fisica (sensoriale o motoria, permanente o temporanea), di una insufficienza psichica, per ragioni di età o per via di qualunque altro fattore che generi una minorazione e la cui condizione richieda un'attenzione particolare e un adattamento alle sue esigenze del servizio offerto a tutti i passeggeri;

j. «negato imbarco»: il rifiuto di trasportare passeggeri su un volo sebbene i medesimi si siano presentati all'imbarco nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 3, par. 2, salvo se vi sono ragionevoli motivi per negare loro l'imbarco, quali ad esempio motivi di salute o di sicurezza ovvero documenti di viaggio inadeguati;

k. «volontario»: una persona che si è presentata all'imbarco nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 3, par. 2, e risponde affermativamente alla domanda del vettore aereo se vi siano passeggeri disposti a rinunciare alla propria prenotazione in cambio di benefici;

l. «cancellazione del volo»: la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto.

Articolo 3 - Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento si applica:

a. ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del Trattato;

b. ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato in un Paese terzo a destinazione di un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del Trattato, salvo se i suddetti passeggeri hanno ricevuto benefici o una compensazione pecuniaria e assistenza nel Paese terzo in questione, qualora il vettore aereo operante il volo in questione sia un vettore comunitario.

2. Il par. 1 si applica a condizione che i passeggeri:

a. dispongano di una prenotazione confermata sul volo in questione e, tranne nei casi di cancellazione di cui all'art. 5, si presentino all'accettazione:

- secondo le modalità stabilite e all'ora precedentemente indicata per iscritto (anche per via elettronica) dal vettore aereo, operatore turistico o agente di viaggio autorizzato,

oppure, qualora non sia indicata l'ora,

- al più tardi quarantacinque minuti prima dell'ora di partenza pubblicata; o

b. siano stati trasferiti da un vettore aereo o da un operatore turistico dal volo per il quale possedevano una prenotazione ad un altro volo, indipendentemente dal motivo.

3. Il presente regolamento non si applica ai passeggeri che viaggiano gratuitamente o ad una tariffa ridotta non accessibile, direttamente o indirettamente, al pubblico. Tuttavia esso si applica ai passeggeri titolari di biglietti emessi nel quadro di un programma *Frequent Flyer* o di altri programmi commerciali dei vettori aerei o degli operatori turistici.

4. Il presente regolamento si applica soltanto ai passeggeri trasportati da aeromobili a velatura fissa motorizzata.

5. Il presente regolamento si applica ad ogni vettore aereo operativo che trasporta i passeggeri di cui ai par. 1 e 2. Allorché un vettore aereo operativo che non abbia stipulato un contratto con il passeggero ottempera agli obblighi previsti dal presente regolamento, si considera che esso agisce per conto della persona che ha stipulato un contratto con tale passeggero.

6. Il presente regolamento lascia impregiudicati i diritti dei passeggeri stabiliti dalla direttiva n. 90/314/Cee. Il presente regolamento non si applica nei casi in cui un circuito "tutto compreso" è cancellato per motivi diversi dalla cancellazione del volo.

Articolo 4 - Negato imbarco

1. Qualora possa ragionevolmente prevedere di dover negare l'imbarco su un volo, il vettore aereo operativo fa in primo luogo appello ai volontari disposti a rinunciare alla prenotazione in cambio di benefici da concordare tra il passeggero interessato e il vettore aereo operativo. I volontari beneficiano di un'assistenza a norma dell'art. 8. Tale assistenza lascia impregiudicati i benefici di cui al presente paragrafo.

2. Qualora il numero dei volontari non sia sufficiente per consentire l'imbarco dei restanti passeggeri titolari di prenotazioni, il vettore aereo operativo può negare l'imbarco a passeggeri non consenzienti.

3. In caso di negato imbarco a passeggeri non consenzienti, il vettore aereo operativo provvede immediatamente a versare una compensazione pecuniaria ai passeggeri interessati a norma dell'art. 7 e presta loro assistenza a norma degli artt. 8 e 9.

Articolo 5 - Cancellazione del volo

1. In caso di cancellazione del volo, ai passeggeri interessati:

a. è offerta l'assistenza del vettore operativo a norma dell'art. 8;

b. è offerta l'assistenza del vettore operativo a norma dell'art. 9, par. 1, lett. *a.*, e dell'art. 9, par. 2, nonché, in caso di volo alternativo quando l'orario di partenza che si può ragionevolmente prevedere per il nuovo volo è rinviato di almeno un giorno rispetto all'orario di partenza previsto per il volo cancellato, l'assistenza di cui all'art. 9, par. 1, lett. *b.* e *c.*; e

c. spetta la compensazione pecuniaria del vettore aereo operativo a norma dell'art. 7, a meno che:

i. siano stati informati della cancellazione del volo almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto; oppure

ii. siano stati informati della cancellazione del volo nel periodo compreso tra due settimane e sette giorni prima dell'orario di partenza previsto e sia stato loro offerto di partire con un volo alternativo non più di due ore prima dell'orario di partenza previsto e di raggiungere la destinazione finale meno di quattro ore dopo l'orario d'arrivo previsto; oppure

iii. siano stati informati della cancellazione del volo meno di sette giorni prima dell'orario di partenza previsto e sia stato loro offerto di partire con un volo alternativo non più di un'ora prima dell'orario di partenza previsto e di raggiungere la destinazione finale meno di due ore dopo l'orario d'arrivo previsto.

2. Insieme alla cancellazione del volo, i passeggeri sono informati delle eventuali alternative di trasporto possibili.

3. Il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria a norma dell'art. 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

4. L'onere della prova, per quanto riguarda se e quando il passeggero è stato avvertito della cancellazione del volo, incombe al vettore aereo operativo.

Articolo 6 - Ritardo

1. Qualora possa ragionevolmente prevedere che il volo sarà ritardato, rispetto all'orario di partenza previsto

a. di due o più ore per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km; o

b. di tre o più ore per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese tra 1500 e 3500 km; o

c. di quattro o più ore per tutte le altre tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lett. *a.* o *b.*,

il vettore aereo operativo presta ai passeggeri:

i. l'assistenza prevista nell'art. 9, par. 1, lett. *a.*, e nell'art. 9, par. 2; e

ii. quando l'orario di partenza che si può ragionevolmente prevedere è rinviato di almeno un giorno rispetto all'orario di partenza precedentemente previsto, l'assistenza di cui all'art. 9, par. 1, lett. *b.* e *c.*; e

iii. quando il ritardo è di almeno cinque ore, l'assistenza prevista nell'art. 8, par. 1, lett. *a.*

2. In ogni caso l'assistenza è fornita entro i termini stabiliti dal presente articolo in funzione di ogni fascia di distanza.

Articolo 7 - Diritto a compensazione pecuniaria

1. Quando è fatto riferimento al presente articolo, i passeggeri interessati ricevono una compensazione pecuniaria pari a:

a. 250 EUR per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1500 chilometri;

b. 400 EUR per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1500 e 3500 chilometri;

c. 600 EUR per le tratte aeree che non rientrano nelle lett. *a.* o *b.*.

Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo.

2. Se ai passeggeri è offerto di raggiungere la loro destinazione finale imbarcandosi su un volo alternativo a norma dell'art. 8, il cui orario di arrivo non supera:

a. di due ore, per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km; o

b. di tre ore, per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese fra 1500 e 3500 km; o

c. di quattro ore, per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lett. *a.* o *b.*,

l'orario di arrivo previsto del volo originariamente prenotato, il vettore aereo operativo può ridurre del 50% la compensazione pecuniaria di cui al par. 1.

3. La compensazione pecuniaria di cui al par. 1 è pagata in contanti, mediante

trasferimento bancario elettronico, con versamenti o assegni bancari, o, previo accordo firmato dal passeggero, con buoni di viaggio e/o altri servizi.

4. Le distanze di cui ai par. 1 e 2 sono misurate secondo il metodo della rotta ortodromica.

Articolo 8 - Diritto a rimborso o all'imbarco su un volo alternativo

1. Quando è fatto riferimento al presente articolo, al passeggero è offerta la scelta tra:

a. - il rimborso entro sette giorni, secondo quanto previsto nell'art. 7, par. 3, del prezzo pieno del biglietto, allo stesso prezzo al quale è stato acquistato, per la o le parti di viaggio non effettuate e per la o le parti di viaggio già effettuate se il volo in questione è divenuto inutile rispetto al programma di viaggio iniziale del passeggero, nonché, se del caso:

- un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, non appena possibile;

b. l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, non appena possibile; o

c. l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, ad una data successiva di suo gradimento, a seconda delle disponibilità di posti.

2. Il par. 1, lett. *a.*, si applica anche ai passeggeri i cui voli rientrano in un servizio "tutto compreso", ad esclusione del diritto al rimborso qualora tale diritto sussista a norma della direttiva n. 90/314/Cee.

3. Qualora una città o regione sia servita da più aeroporti ed un vettore aereo operativo offra ad un passeggero l'imbarco su un volo per un aeroporto di destinazione diverso da quello prenotato dal passeggero, le spese di trasferimento del passeggero dall'aeroporto di arrivo all'aeroporto per il quale era stata effettuata la prenotazione o ad un'altra destinazione vicina, concordata con il passeggero, sono a carico del vettore aereo operativo.

Articolo 9 - Diritto ad assistenza

1. Quando è fatto riferimento al presente articolo, il passeggero ha diritto a titolo gratuito:

a. a pasti e bevande in congrua relazione alla durata dell'attesa;

b. alla sistemazione in albergo:

- qualora siano necessari uno o più pernottamenti, o

- qualora sia necessario un ulteriore soggiorno, oltre a quello previsto dal passeggero;

c. al trasporto tra l'aeroporto e il luogo di sistemazione (albergo o altro).

2. Inoltre, il passeggero ha diritto ad effettuare a titolo gratuito due chiamate telefoniche o messaggi via telex, fax o posta elettronica.

3. Nell'applicare il presente articolo il vettore aereo operativo presta particolare attenzione ai bisogni delle persone con mobilità ridotta e dei loro accompagnatori, nonché ai bisogni dei bambini non accompagnati.

Articolo 10 - Sistemazione in classe superiore o inferiore

1. Se un vettore aereo operativo sistema un passeggero in una classe superiore a quella corrispondente al biglietto aereo acquistato, non può esigere alcun pagamento supplementare.

2. Se un vettore aereo operativo sistema un passeggero in una classe inferiore a quella corrispondente al biglietto aereo acquistato, rimborsa entro sette giorni, secondo le modalità di cui all'art. 7, par. 3.

a. il 30% del prezzo del biglietto per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km; o

b. il 50% del prezzo del biglietto per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km, esclusi i collegamenti fra il territorio europeo degli Stati membri e i dipartimenti francesi d'oltre mare, e per tutte le altre tratte aeree comprese tra 1500 e 3500 km; o

c. il 75% del prezzo per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lett. a. o b., compresi i collegamenti fra il territorio europeo degli Stati membri e i dipartimenti francesi d'oltremare.

Articolo 11 - Persone con mobilità ridotta o con esigenze particolari

1. I vettori aerei operativi danno la precedenza alle persone con mobilità ridotta e ai loro eventuali accompagnatori o cani da accompagnamento certificati, nonché ai bambini non accompagnati.

2. In caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardi di qualsiasi durata le persone con mobilità ridotta e i loro eventuali accompagnatori nonché i bambini non accompagnati hanno diritto a ricevere al più presto l'assistenza in norma dell'art. 9.

Articolo 12 - Risarcimenti supplementari

1. Il presente regolamento lascia impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare. Il risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento può essere detratto da detto risarcimento.

2. Fatti salvi principi e norme pertinenti del diritto nazionale, inclusa la giurisprudenza, il par. 1 non si applica ai passeggeri che hanno rinunciato volontariamente ad una prenotazione ai sensi dell'art. 4, par. 1.

Articolo 13 - Diritti ad azioni di regresso

Qualora il vettore aereo operativo versi una compensazione pecuniaria o ottemperi ad altri suoi obblighi ai sensi del presente regolamento, nessuna disposizione dello stesso può essere interpretata come limitazione al suo diritto di chiedere un risarcimento a chiunque, inclusi i terzi, conformemente al diritto applicabile. In particolare, il presente regolamento non limita in alcun modo il diritto del vettore aereo operativo di chiedere il rimborso ad un operatore turistico o qualunque altra persona con cui abbia stipulato un contratto. Del pari, nessuna disposizione del presente regolamento può essere interpretata come limitazione al diritto di un operatore turistico o di un terzo che non sia un passeggero e con cui il vettore operativo ha sti-

pulato un contratto di chiedere un rimborso o un risarcimento al vettore operativo conformemente al diritto applicabile.

Articolo 14 - Obbligo di informare i passeggeri in merito ai loro diritti

1. Il vettore aereo operativo provvede affinché nella zona di registrazione sia affisso, in modo chiaramente visibile e leggibile per i passeggeri, un avviso contenente il testo seguente: «In caso di negato imbarco o di volo cancellato o ritardato di almeno due ore, rivolgersi al banco di accettazione o alla porta di imbarco per ottenere il testo che enumera i diritti del passeggero, in particolare in materia di compensazione pecuniaria e di assistenza».

2. Se nega l'imbarco o cancella un volo, il vettore aereo operativo presenta ad ogni passeggero interessato un avviso scritto contenente le regole in materia di compensazione pecuniaria ed assistenza ai sensi del presente regolamento. Analogo avviso è presentato ai passeggeri il cui volo subisce un ritardo di almeno due ore. Ai passeggeri vengono inoltre fornite per iscritto le informazioni occorrenti per prendere contatto con l'organismo nazionale designato di cui all'art. 16.

3. Per quanto concerne i non vedenti o gli ipovedenti, le disposizioni del presente articolo si applicano facendo ricorso a mezzi alternativi adeguati.

Articolo 15 - Irrinunciabilità

1. Gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti dal presente regolamento non possono essere oggetto di restrizioni o rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive del contratto di trasporto.

2. Qualora una clausola restrittiva o derogatoria sia applicata contro un passeggero o se costui non sia stato correttamente informato dei suoi diritti ed abbia pertanto accettato una compensazione inferiore a quella prevista dal presente regolamento, il passeggero ha comunque il diritto di avviare le necessarie procedure dinanzi ai tribunali od organi competenti per ottenere una compensazione integrativa.

Articolo 16 - Violazioni

1. Ogni Stato membro designa l'organismo responsabile dell'applicazione del presente regolamento per quanto riguarda i voli in partenza dagli aeroporti situati nel suo territorio o i voli provenienti da un Paese terzo e diretti in tali aeroporti. Se del caso, tale organismo adotta tutte le misure necessarie per garantire che siano rispettati i diritti dei passeggeri. Gli Stati membri informano la Commissione circa l'organismo designato a norma del presente paragrafo.

2. Fatto salvo l'art. 12, ciascun passeggero può presentare reclamo presso qualsiasi organismo designato ai sensi del par. 1 o presso qualsiasi altro organismo competente designato da uno Stato membro in merito ad una presunta violazione del presente regolamento avvenuta in qualsiasi aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro o riguardante qualsiasi volo proveniente da un Paese terzo e diretto a un aeroporto situato in tale territorio.

3. Le sanzioni stabilite dagli Stati membri per violazioni del presente regolamento sono effettive, proporzionate e dissuasive.

(Omissis)

PRIME NOTE SUL REGOLAMENTO CE N. 261/2004 CHE ISTITUISCE NUOVE NORME COMUNI IN MATERIA DI «OVERBOOKING» AEREO

Sommario: *Premessa - 1. Considerazioni introduttive sull'iter legislativo - 2. Ambito e limiti di applicazione del regolamento - 3. Segue. L'ambito operativo - 4. Il regime delle compensazioni ed il diritto all'assistenza - 5. Norme «minime» sulla cancellazione del volo e sul ritardo prolungato.*

Premessa

La disciplina giuridica dell'«overbooking» aereo si dota di uno strumento più perfezionato, per la tutela dei consumatori, con riguardo alla nota prassi delle compagnie aeree di (sovra)prenotare posti sul vettore oltre il numero previsto¹.

Siffatta pratica, formalizzata anche nello statuto IATA (*International Air Transport Association*)², sarebbe da ricondurre all'anomalo comportamento dei passeggeri i quali prenotano più posti su più aerei, riservandosi all'ultimo momento di scegliere il vettore a loro più comodo, senza disdire le altre pre-

¹ In dottrina, da ultimo, A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e di cose*, in *Dir. trasp.*, 2000, pp. 615 e 623; M. M. COMENALE PINTO, *Considerazioni in tema di sovrapprenotazione nei servizi di trasporto aereo*, in *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 159; ed in precedenza, E. FANARA, *L'overbooking*, in G. SILINGARDI e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela del turista*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1993, p. 147ss.; P. GIRARDI, *La disciplina giuridica dell'overbooking nel trasporto aereo di linea e gli indennizzi per il mancato imbarco*, in *I contratti di viaggio e turismo*, ISDACI-EGEA, Milano, 1995, p. 317 ss.; M. CAVALLI, *Rifiuto all'imbarco e overbooking: problemi di diritto interno e di diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 1993, p. 377; M. CAVALLI - P. DONDI, *Il regolamento Cee sull'overbooking nei trasporti aerei*, in questa *Rivista*, 1991, p. 429; per alcune considerazioni critiche, *ex multis*, anche M. FRAGOLA, *Profilo comunitario del turismo*, Padova, Cedam, 1996, p. 254 ss.

² Per approfondimenti sulla prassi dell'overbooking si consiglia di consultare il sito internet www.iata.org, sito ufficiale dell'associazione internazionale non governativa delle compagnie aeree.

notazioni. È questo il fenomeno del c.d. «*no-show*» che ha comportato (e comporta) conseguenze penalizzanti sia per l'utenza (diniego di partire per presunta mancanza di posti), sia per le compagnie aeree (mancato utilizzo di tutti i posti dell'aeromobile).

In sintesi, questa è la *ratio* della pratica chiamata «*overbooking*»: la conseguenza gestionale-organizzativa delle compagnie che fa seguito ad un comportamento anomalo da parte degli utenti prenotati. Siffatto comportamento si riverbera nella gestione dei voli, peraltro già complessa a causa della compressione dei costi che l'attuale contesto mondializzato propone³.

Non credo che l'origine della pratica dell'*overbooking* possa essere individuata altrove, o soltanto in altro luogo, sebbene una parte della dottrina l'abbia individuata nelle «esigenze economiche dei vettori che, costretti a comprimere i costi ed i guadagni per effetto dell'allargarsi della concorrenza tra gli stessi, tendono, per quanto possibile, a fare ricadere sugli utenti alcuni problemi organizzativi»⁴.

Non v'è dubbio, tuttavia, che la realtà concorrenziale nel settore del trasporto aereo mondiale, disciplinata da una *governance* priva di fonti giuridiche omogenee e di reali controlli efficaci, comporta una minore sicurezza per il viaggiatore-consumatore⁵, il che appare inconciliabile in un ordinamento giuridico quale è quello comunitario, nel quale si tende a costituire un *corpus* normativo comune (o comunque armonizzato) con l'obiettivo della tutela degli individui o, se si preferisce, del consumatore contraente debole.

In questo contesto di flebile tutela e sicurezza dei viaggiatori, nel quale l'informazione è pressoché nulla ed i consumatori non conoscono i propri diritti, si inserisce il regolamento n. 261/2004 che intende superare il *gap* della non-informazione evidenziatosi nell'applicazione, invero assai limitata, del precedente regolamento comunitario n. 295/91, nonché ampliare le misure di compensazione a favore dell'utente anche ad altre fattispecie analoghe all'*overbooking*.

1. Considerazioni introduttive sull'*iter* legislativo

Dopo una congrua gestazione, l'11 febbraio 2004 il Parlamento europeo in codecisione con il Consiglio dell'Unione europea ha approvato definitiva-

³ Mi riferisco in particolar modo alla concorrenza, per la verità non sempre leale, delle compagnie aeree cc.dd. «*low cost*» o «*no frills*» che ha mutato considerevolmente la base concorrenziale di questo settore anche a causa, e questo va detto, di gestioni frivole delle compagnie aeree di bandiera degli Stati membri dell'Unione europea, e non solo.

⁴ E. FANARA, *L'overbooking*, in *La tutela del turista*, cit. supra, nota 1, p. 147 ss.

⁵ Su cui ampiamente S. BUSTI, *Il contratto di trasporto di persone*, in V. FRANCESCHELLI - F. MORANDI, *Manuale di diritto del turismo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 423 ss.

mente il regolamento n. 261 che una volta entrato in vigore sostituirà il precedente regolamento del Consiglio n. 295 del 1991, estendendo la medesima protezione anche in caso di cancellazione e ritardo del volo⁶.

Si consideri che il comitato di conciliazione previsto dall'art. 251 CE – collegio di compromesso politico nell'ambito della procedura legislativa comunitaria detta di «codecisione» – ha raggiunto un progetto comune al Parlamento europeo e al Consiglio il 1° dicembre 2003⁷.

L'atto normativo comunitario è stato adottato ai sensi dell'art. 80, par. 2 del Trattato che istituisce la Comunità europea, che pertanto rappresenta la «base giuridica» essenziale, laddove si consideri che, com'è noto, trattandosi la Comunità europea di una comunità di diritto fondata su competenze di attribuzione, le istituzioni comunitarie per l'adozione di un qualsivoglia atto obbligatorio e vincolante conseguentemente, nei trattati devono ricercare la loro giustificazione normativa a procedere⁸.

L'iter legislativo è stato più complesso del precedente regolamento n. 295/91 in considerazione di due motivi: in primo luogo perché il regolamento del 1991 riguarda esclusivamente un sistema di compensazioni per il «negato imbarco» nei voli *di linea* in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro, laddove il novello regolamento n. 261/2004 si estende oltre che a qualsiasi tipologia di voli (di linea, *charter*, speciali, ecc.), anche al-

⁶ Il regolamento istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (Cee) n. 295/91 che stabiliva norme comuni relative ad un sistema di compensazione per negato imbarco nei trasporti aerei di linea (in *Guce* n. L 36 dell'8 febbraio 1991).

⁷ L'art. 251 CE, n. 3 evidenzia la crisi legislativa tra il Parlamento europeo ed il Consiglio nel legiferare su di una data materia. L'ultima frase del par. 3 sancisce l'istituzione del comitato di conciliazione i cui compiti sono stabiliti nel successivo par. 4 con l'apporto della Commissione europea che partecipa ai lavori prendendo «tutte le iniziative necessarie per favorire un ravvicinamento fra le posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio».

⁸ L'art. 80 CE è inserito nel Titolo V «Trasporti» e recita: «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. Le disposizioni di procedura di cui all'art. 71 sono applicabili». Questa seconda frase rinvia all'art. 71 che a sua volta sancisce: «1. Ai fini dell'applicazione dell'art. 70 e tenuto conto degli aspetti peculiari dei trasporti, il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, stabilisce: a. norme comuni applicabili ai trasporti internazionali in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri, b. le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali in uno Stato membro, c. le misure atte a migliorare la sicurezza dei trasporti, d. ogni altra utile disposizione. 2. In deroga alla procedura prevista al par. 1, le disposizioni riguardanti i principi del regime dei trasporti e la cui applicazione potrebbe gravemente pregiudicare il tenore di vita e l'occupazione in talune regioni, come pure l'uso delle attrezzature relative ai trasporti, sono stabilite dal Consiglio, che delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, avuto riguardo alla necessità di un adattamento allo sviluppo economico determinato dall'instaurazione del mercato comune». Ricordo che sulla corretta scelta della base giuridica vi è una ricca dottrina. Per tutti G. M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla «base giuridica» degli atti comunitari*, in A. TIZZANO, *Problematica del diritto delle Comunità europee*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1992, p. 29 ss.

l'assistenza dei passeggeri disagiati, alle ipotesi di cancellazione del volo, ovvero di ritardo prolungato; in secondo luogo perché le *lobby* delle compagnie aeree e dei *tour operator* stavolta hanno svolto un ruolo più determinato, posto che la volontà iniziale della Commissione nella sua proposta⁹ era più stringente nei confronti delle compagnie aeree e dei *tour operator* rispetto ai risultati raggiunti nel regolamento definitivo.

La volontà iniziale della Commissione era, infatti, di presentare specifiche proposte per le fattispecie poi inserite nel regolamento n. 261/2004; ciò ha permesso di introdurre soltanto alcune «misure minime», stravolgendo così quello che era il piano di azione comunitaria previamente individuato.

Dai *considerando* dell'atto finale, infatti, si evincono obiettivi più generali di quelli inizialmente previsti quali, tra gli altri, incrementare la protezione dei consumatori – definiti «passeggeri» – (*considerando* n. 1), limitare i disagi ed i fastidi per gli stessi (n. 2), estendere la protezione anche ai casi sempre frequenti di cancellazione del volo senza preavviso (n. 3), nonché rafforzare i loro diritti in un mercato liberalizzato nel quale i vettori aerei operano in un contesto armonizzato (*considerando* n. 4) ed estendere la protezione anche ai voli non di linea provenienti nell'Unione da Stati terzi (nn. 5 e 6).

Un risultato in ogni caso da considerare con favore, ove si consideri che gli operatori coinvolti hanno svolto, si badi bene, nei limiti della legalità, una strenua azione positiva di *lobbying* attraverso una sorta di resistenza «costruttiva»¹⁰.

Alla fine ne è scaturito un atto che senza dubbio «rappresenta un passo avanti verso quella uniformità normativa che sempre maggiormente caratterizza il trasporto aereo di persone»¹¹, ma che tuttavia mostra il complesso patteggiamento compiuto tra i soggetti coinvolti, con un risultato finale accettabile, ma non esaltante, giacché la normativa non assicura i consumatori (*recitius*: «passeggeri») da (ancora) possibili disfunzioni del sistema di compensazioni dal regolamento previsto. Inoltre, non sono ancora costrittive le disposizioni rivolte agli Stati ed agli operatori, in ordine alla corretta applicazione dello stesso all'interno del territorio nazionale, il che produrrà, come il primo, un'applicazione disomogenea e diversi livelli di tutela nell'Unione europea.

⁹ *Guce* n. C 103 E del 30 aprile 2002, p. 225 successivamente modificata in *Gu-Ue* n. C 71 E del 25 marzo 2003, p. 188.

¹⁰ Così il parere del Comitato economico e sociale in *Guce* n. C 241 del 7 ottobre 2002, p. 29.

¹¹ Così E. G. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo: nuove regole per il trasporto aereo comunitario di persone*, in *Diritto del Turismo*, n. 3-2004, p. 205 ss., che si ritiene sia il primo commento pubblicato sul nuovo regolamento comunitario.

Il regolamento peraltro non entra immediatamente in vigore, sancendo l'art. 19 la sua vigenza a partire dal 17 febbraio 2005, cioè a dire con un differimento di un anno. Un insieme di nuove misure compensative che, per il momento, sono quindi «congelate» in attesa della sancita entrata in vigore, il che comporta la piena applicabilità del precedente regolamento n. 295/91 nelle more della nuova disciplina.

Mi chiedo tuttavia, nell'attesa della definitiva entrata in vigore, se il regolamento n. 261/2004 possa, nelle more, assumere un valore ed una portata per così dire morale, nel senso di «diritto sopraggiungente» per le compagnie aeree, in quanto atto normativo dagli effetti giuridici prossimi, regolarmente pubblicato in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, e quindi di dominio pubblico, anche per i giudici e gli operatori del diritto dei 25 Stati membri¹².

Che esso non possa produrre effetti giuridici immediati «materiali», stante la espressa previsione dell'art. 19, appare un fatto evidente. Laddove però si dovesse verificare una questione inerente la tutela del consumatore dinanzi ad una giurisdizione nazionale, sempre nella prospettiva della tutela del contraente debole che attiene alle priorità delle istituzioni comunitarie in ordine al buon funzionamento del mercato interno, una qualche conseguenza quantomeno dal punto di vista interpretativo da parte dei giudici nazionali la potrebbe nondimeno comportare, potendo il regolamento n. 261/2004 raffigurare un atto che mostra con tutta la sua portata giuridica, altresì la posizione «politica» della Comunità europea e delle sue istituzioni con riguardo alla protezione delle persone e dei cittadini dell'Unione che liberamente devono spostarsi da uno Stato membro all'altro.

2. Ambito e limiti di applicazione del regolamento

Ai sensi dell'art. 1, n. 1, il regolamento stabilisce «diritti minimi» dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione e ritardo del volo. Per quanto riguarda siffatti diritti minimi, conseguenti al negato imbarco, essi potranno essere invocati soltanto dai passeggeri «non consenzienti» (considerando nn. 3, 9, 10; art. 1, lett. a., del regolamento), vale a dire passeggeri che non hanno giocoforza potuto imbarcarsi loro malgrado e che, a causa di ciò, non sono disponibili ad un accomodamento amichevole della controversia al di fuori delle regole compensative previste dal regolamento comunitario.

¹² Ricordo infatti che gli Stati appena entrati nell'Unione alla data del 1° maggio scorso sono tenuti ad acquisire tutto il pregresso diritto comunitario nel rispetto del c.d. «*acquis communautaire*» ai sensi dell'art. 2 TUE, 5° trattino. In argomento G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, 3^a ed., p. 9.

La traduzione italiana di «passeggeri non consenzienti» rispetto alle altre versioni linguistiche non soddisfa pienamente¹³. Le versioni francese, (negato imbarco) «contre leur volonté», inglese «against their will», spagnola «contra su voluntad» appaiono più efficaci di quella italiana che postula il parere negativo e contrario, il disaccordo con l'accaduto. Aspetto questo che emerge sostanzialmente implicito tra le conseguenze della stessa prassi dell'*overbooking*, laddove si consideri che un viaggiatore prenotato su un volo, che si presenta regolarmente in aeroporto è, per svariate motivazioni¹⁴, intenzionato a partire e pertanto non può essere «consenziente» nel senso di essere d'accordo con la compagnia aerea. Si tratta di una evenienza che egli accetta contro la propria volontà e non già senza consenso.

Affinché si realizzi tangibilmente una reale consapevolezza dei diritti che il diritto comunitario attribuisce ai consumatori in questo delicato ambito, il che postula la conseguente applicazione corretta del regolamento in tutta l'Unione, è necessaria un'ampia informazione da parte degli Stati membri nel proprio territorio (*considerando* n. 20) e da parte dei vettori aerei nazionali (art. 14).

In questa prospettiva, si rende necessario un accurato controllo da parte delle autorità nazionali sull'operato delle proprie compagnie aeree e, a tal uopo, opportuna appare la previsione della istituzione di un organismo nazionale di controllo (*considerando* n. 22), che si configura come una «una cabina di regia» sull'applicazione del regolamento.

È pertanto devoluta alla competenza degli Stati il controllo interno (il «potere-dovere»), e qui si richiama il rispetto del principio di leale collaborazione codificato nell'art. 10 CE, nonché l'assegnazione delle sanzioni applicabili in caso di violazione del regolamento (benché il verbo usato dal legislatore è un pesante condizionale, «gli Stati *dovrebbero* stabilire le sanzioni (...)»; «Les États membres *devraient* définir le régime des sanctions applicables»; «Member States *should lay down* rules on sanctions applicable»; «Los Estados miembros deben establecer el régimen de sanciones aplicables»).

Va pure precisato che la norma va letta in combinato con il successivo art. 16 che richiama al n. 1. il dovere in capo allo Stato membro di designare «l'organismo responsabile dell'applicazione del presente regolamento per quanto riguarda i voli in partenza dagli aeroporti situati nel suo territorio o i voli provenienti da un Paese terzo e diretti in tali aeroporti. Se del caso, tale organismo adotta tutte le misure necessarie per garantire che siano rispettati i

¹³ In verità tutta la traduzione appare insufficiente sia dal punto di vista del lessico sia per la *ratio* della norma comunitaria, riproponendo così l'annosa questione da tempo nota in seno alle istituzioni comunitarie in ordine allo scadimento della qualità delle traduzioni in italiano.

¹⁴ Sulle motivazioni del viaggiatore e le differenze con il turista mi permetto di rinviare ancora a M. FRAGOLA, *Profilo comunitario del turismo*, cit. *supra*, nota 1, p. 254 ss.

diritti dei passeggeri. Gli Stati membri informano la Commissione circa l'organismo designato a norma del presente paragrafo».

Il vettore aereo per parte sua, ai sensi dell'art. 14 del regolamento, ha l'obbligo di informare i passeggeri sui loro diritti.

Il vettore aereo «operativo»¹⁵ provvede affinché nella zona di registrazione sia affisso, in modo chiaramente visibile e leggibile per i passeggeri, un avviso contenente l'informazione necessaria. In caso di negato imbarco o di volo cancellato o ritardato di almeno due ore, occorre che il consumatore, cui sia stato negato l'imbarco, si rivolga al banco di accettazione o alla porta di imbarco per ottenere il testo che enumera i diritti del passeggero, in particolare un opuscolo contenente le regole in materia di compensazione pecuniaria ed assistenza ai sensi del regolamento. Analogo avviso è presentato ai passeggeri il cui volo subisca un ritardo di almeno due ore.

Per quanto concerne i non vedenti o gli ipovedenti, le disposizioni dell'art. 14, n. 3, si applicano facendo ricorso a mezzi alternativi adeguati mostrando, così, una chiara sensibilità sociale verso quelle persone con mobilità ridotta o con esigenze specifiche¹⁶.

Sulla reale ed effettiva applicazione dell'art. 14 in ordine alla necessaria informazione dei passeggeri si nutre qualche perplessità, laddove già il regolamento n. 295/91 sancisce il diritto del passeggero di essere chiaramente informato sui propri diritti (*considerando* n. 6) e sulle norme applicabili in caso di negato imbarco (*considerando* n. 8); a quanto consta, non sembra che sia stata fatta a tutt'oggi una reale campagna di informazione da parte delle compagnie aeree, né i diritti del passeggero sono garantiti da una visibile documentazione sui banchi di accettazione che ne soddisfi, nel momento del negato imbarco, le esigenze contingenti.

È indispensabile pertanto la corretta applicazione dell'art. 14 che in materia di informazione ai passeggeri prevede le compensazioni in caso di negato imbarco, volo ritardato (di almeno due ore) o cancellato. Così è prevista (art. 14, n. 1) l'esposizione di un testo nella «zona di registrazione», dal contenuto equivalente in tutta l'Unione, che sancisce che «in caso di negato imbarco o di volo cancellato o ritardato di almeno due ore, (occorre) rivolgersi al *banco di accettazione* o alla *porta di imbarco* per ottenere il *testo* che enumera i diritti del passeggero, in particolare in materia di compensazione pecuniaria e di assistenza»¹⁷. A dare una valenza positiva alla disposizione, si ritiene che siffatto testo deve essere senza dubbio il regolamento n. 261/2004, in quanto

¹⁵ Vale a dire il vettore che eroga concretamente il servizio di trasporto aereo.

¹⁶ Sebbene già il regolamento n. 295/91 sanciva all'art. 3, n. 4 di prendere in considerazione «i passeggeri che devono avere la precedenza all'imbarco per motivi legittimi come le persone con difficoltà di movimento e i bambini non accompagnati».

¹⁷ *Corsivo aggiunto.*

atto normativo, e non già atti o Carte che non hanno alcun valore giuridico svolgendo soltanto un mero ruolo promozionale.

In ultimo, le varie espressioni usate dal legislatore comunitario «zona di registrazione», «banco di accettazione» ovvero «porta di imbarco», costituiscono un momento di apprensione per quelle persone che non hanno familiarità con il trasporto aereo e con gli aeroporti in generale. E giacché la tutela comunitaria è indirizzata soprattutto al contraente *più* esposto tra i soggetti deboli del mercato, sarebbe stato *più* opportuno una terminologia univoca e semplificata.

3. Segue. L'ambito operativo

L'ambito operativo del regolamento coinvolge dal punto di vista soggettivo ogni vettore aereo, vettore aereo comunitario e vettore aereo operativo [art. 2, lett. *a.*, *b.* e *c.*)]¹⁸. Per vettore aereo comunitario si intende qualsiasi vettore aereo munito di valida licenza di esercizio rilasciata da uno Stato membro ai sensi delle disposizioni del regolamento (Cee) del Consiglio n. 2407/92 del 23 luglio 1992 in ordine al rilascio delle licenze ai vettori aerei¹⁹.

Ai sensi dell'art. 2, lett. *b.* è vettore aereo operativo l'impresa di trasporto aereo non comunitaria *che opera o intende operare* un volo («qui réalise ou a l'intention de réaliser»; «that performs or intends to perform»; «que lleve a cabo o pretenda llevar» nell'ambito di un contratto con un passeggero o per conto di un'altra persona, fisica o giuridica, che abbia concluso un contratto con tale passeggero.

La versione italiana come appare evidente non è chiara: la versione francese si presenta la più fedele assieme all'inglese, laddove *più* che «operare un volo» (peraltro pessima traduzione della terminologia tecnica anglosassone «operating fly»), *più* correttamente si sarebbe dovuto indicare il verbo «realizzare» ovvero «eseguire» o «effettuare» (to perform) un volo *più* che operare.

Il regolamento trova quindi applicazione ai passeggeri in partenza da un aeroporto dell'Unione²⁰ ovvero in partenza da un aeroporto di uno Stato terzo con destinazione un qualsiasi aeroporto dell'Unione. Per meglio specificare, ricadono nella disciplina comunitaria tutti i vettori aerei operativi (comunitari e non) in partenza da un aeroporto dell'Unione, nonché i vettori comunitari con destinazione verso altri Stati membri.

¹⁸ Su cui E. G. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo*, cit. *supra*, nota 11, p. 205 ss.

¹⁹ Pubblicato in *Guce* n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 1.

²⁰ Deve trattarsi del territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del Trattato ex art. 299 CE, ovvero specifiche previsioni contenute in un atto di diritto comunitario derivato. Lo stesso art. 1 del regolamento n. 261/2004 sancisce ai punti 2 e 3 un regime speciale per Gibilterra con riguardo alla disputa tra il Regno Unito ed il Regno di Spagna.

L'applicazione del regolamento trova tuttavia il limite della specialità dei biglietti, non includendosi i viaggi gratuiti (sarebbe una beffa!); a tariffa ridotta non accessibile direttamente o indirettamente al pubblico²¹.

Sono inclusi tuttavia per espressa previsione (art. 3, n. 3), e questa è una novità rispetto al regolamento n. 295/91, i passeggeri titolari di biglietti emessi nel quadro di un programma *Frequent Flyer* o di altri programmi commerciali consimili.

Le condizioni di applicabilità delle norme comunitarie non sono *tout court* riferibili, giacché subiscono il limite delle disposizioni contenute nell'art. 3, n. 2, lett. *a.* e *b.*

I passeggeri coinvolti per poter usufruire delle misure compensative, devono infatti disporre di una prenotazione confermata sul volo in questione – vale a dire con l'apposizione nel relativo spazio della sigla «OK» o di acronimo equivalente –, presentarsi all'accettazione all'ora indicata ovvero, in mancanza, al più tardi quarantacinque minuti prima dell'ora di partenza; o, qualora ci si trovi già nell'esecuzione del viaggio, se siano stati trasferiti da un vettore aereo o da un operatore turistico dal volo per il quale possedevano una prenotazione ad un altro volo indipendentemente dal motivo (art. 3, n. 2, lett. *b.*).

4. Il regime delle compensazioni ed il diritto all'assistenza

Come detto, il novello regolamento pur riprendendo a grandi linee l'impostazione del regolamento n. 295/91, se ne discosta quanto all'oggetto includendo anche le ipotesi di cancellazione del volo e i casi di ritardo.

I doveri di informazione in capo alle compagnie aeree sono, sulla carta, ampliati; parimenti la nozione di «negato imbarco» del regolamento n. 261/2004 appare ampliata e specificata rispetto alla precedente²²; i massimali e le misure compensative sono altresì incrementate; la figura del «volontario» che aveva destato tante critiche dei commentatori è stata riproposta (art. 4, n. 1), a fronte di una prassi applicativa che potremmo definire moderatamente positiva²³. Anzi, nella formulazione dell'art. 4, nn. 1 e 2, il ricorso alla figura del volontario è assolutamente prioritario e non soltanto eventuale come appariva nel regolamento n. 295/91 (art. 3, n. 3)²⁴. Ricordo che il «volontario»

²¹ Si ritiene siano tariffe erogate all'interno dell'azienda.

²² Sul punto rinvio a E. G. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo*, cit. *supra*, nota 11, p. 209.

²³ Si veda pure il *considerando* n. 11. Dai dati IATA (www.iata.org) si evince un *trend* moderatamente positivo dell'applicazione della figura del volontario. Traspare altresì dai dati una tendenza delle compagnie aeree ad incrementarne l'uso.

²⁴ L'art. 3 del regolamento n. 295/91 stabiliva al n. 3 che: «Le regole di cui al par. 1 dovrebbero prevedere l'eventualità di un ricorso a volontari disposti a rinunciare all'imbarco» (*corsivo*)

ai sensi del regolamento n. 261/2004 è colui che in possesso di regolare titolo di viaggio (*rectius*: «carta di imbarco») rinuncia a partire in cambio di benefici da concordare con il vettore aereo operativo.

Variegati sono i diritti previsti: il diritto alle compensazioni pecuniarie; il diritto al rimborso o all'imbarco su di un volo alternativo ovvero in una classe differente; il diritto all'assistenza.

I passeggeri in possesso dei requisiti di cui all'art. 3 qualora sia loro negato l'imbarco, dopo il previo appello ai volontari, «ricevono una compensazione pecuniaria» («reçoivent une indemnisation»); «shall receive compensation»; «recibirán una compensación»²⁵.

Con riguardo al precedente art. 4 del regolamento n. 295/91, le norme ex art 7 appaiono più complesse e presentano specificazioni che ne possono limitare l'applicazione. Posto che il precedente art. 4 del regolamento n. 295/91 è stato scarsamente utilizzato dalle compagnie aeree a sfavore degli utenti, si rileva che a fronte di un incremento dei massimali delle compensazioni pecuniarie la specifica contenuta nel secondo comma del n. 1 dell'art. 7 in ordine al calcolo della compensazione con riferimento al chilometraggio appare limitativa²⁶. Lo stesso dicasi per la (fortemente voluta) omissione della precedente formulazione «il vettore aereo paga immediatamente dopo aver negato l'imbarco» che ne sanciva la obbligatorietà e perentorietà delle compensazioni pecuniarie.

Così sono state individuate le compensazioni pecuniarie di: *a.* 250 euro per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1500 chilometri; *b.* 400 euro per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1500 e 3500 chilometri; *c.* 600 euro per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere *a.* o *b.*

Nel determinare siffatte distanze, tuttavia, è utilizzata come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo.

Inoltre, se ai passeggeri è offerto di raggiungere la loro destinazione finale imbarcandosi su un volo alternativo a norma dell'art. 8, il cui orario di ar-

aggiunto); di diverso tenore l'art. 4, n. 1: «Qualora possa ragionevolmente prevedere di dover negare l'imbarco su un volo, il vettore aereo operativo *fa in primo luogo appello* ai volontari disposti a rinunciare alla prenotazione in cambio di benefici da concordare tra il passeggero interessato e il vettore operativo. I volontari beneficiano di un'assistenza a norma dell'art. 8. Tale assistenza lascia impregiudicati i benefici di cui al presente paragrafo» (*corsivo aggiunto*).

²⁵ Le versioni linguistiche dell'art. 7 appaiono non omogenee e già il titolo mostra differenze di rilievo. La versione italiana rubrica «Diritto a compensazione pecuniaria», laddove la versione francese configura surrettiziamente un diverso regime giuridico con la previsione di un «Droit à indemnisation».

²⁶ Si tenga in conto tuttavia che la Commissione europea ai sensi dell'art. 17 è tenuta a valutare entro il 1° gennaio 2007 la congruità delle compensazioni ed, eventualmente, rivedere gli importi previsti nell'art. 7, n. 1.

rivo non supera: *a.* di due ore, per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km; o *b.* di tre ore, per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese fra 1500 e 3500 km; o *c.* di quattro ore, per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lett. *a.* o *b.*, l'orario di arrivo previsto del volo originariamente prenotato, il vettore aereo operativo può ridurre del 50% la compensazione pecuniaria di cui al par. 1.

In ultimo, il par. 3 precisa le modalità di pagamento della compensazione che è pagata in contanti, mediante trasferimento bancario elettronico, con versamenti o assegni bancari, ovvero, previo accordo sottoscritto («firmato» nelle varie traduzioni) dal passeggero, con buoni di viaggio e/o altri servizi.

L'art. 13 pure ad esso collegato, è rubricato «Diritti ad azioni di regresso» e, ad un primo impatto, la formulazione non appare omogenea con le altre «Droit à la réparation des dommages» in francese, l'inglese «Right of redress» e la spagnola «Derecho de reparación», le quali, nella sostanza, starebbero ad indicare un rimedio giuridico, una soddisfazione ovvero un diritto di rivalsa²⁷ verso altri soggetti implicati in caso di previa erogazione di una misura compensativa.

Un ultimo motivo di incertezza riguarda l'applicazione del regolamento n. 261/2004 con riguardo al negato imbarco in ordine al trasporto aereo inserito nel pacchetto tutto compreso ai sensi della direttiva n. 90/314/Cee²⁸.

A tal riguardo l'art. 8 stabilisce le modalità generali del rimborso del passeggero e dell'imbarco dello stesso su di un volo alternativo cui è stato negato l'imbarco. Al passeggero è offerta la scelta tra *a.* il rimborso entro sette giorni del prezzo completo del biglietto, allo stesso prezzo pagato in precedenza, per la parte del viaggio o le parti di viaggio non effettuate e per quella o quelle già effettuate se il volo in questione è divenuto inutilizzabile rispetto al programma di viaggio iniziale del passeggero. Nonché *b.* un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, non appena possibile; ovvero *c.* l'imbarco su di un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, non appena possibile; o *d.* l'imbarco su di un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, ad una data successiva di suo gradimento, a seconda delle disponibilità di posti.

²⁷ Ex art. 1299 c.c. che com'è noto dispone il diritto del condebitore adempiente nei confronti degli altri condebitori solidali a seguito del pagamento fatto al creditore.

²⁸ Sulla cui applicazione mi permetto rinviare a M. FRAGOLA, *Tutela del turista e danno risarcibile: la Corte di giustizia riconosce la risarcibilità del danno esistenziale «da vacanza rovinata» alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Rassegna di diritto civile*, 3-2003, p. 633 ss.; ID., *La figura del «consumatore-turista» e i diritti ad esso riconosciuti nell'ordinamento comunitario*, in questa *Rivista*, 2001, p. 5 ss.; ID., *Ancora sulla tutela prevista dall'articolo 7 della direttiva n. 90/314/Cee che l'agente di viaggio deve garantire in caso di insolvenza o fallimento*, in questa *Rivista*, 1998, p. 417; ID., *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato*, in questa *Rivista*, 1999, p. 751 ss.; e, per una visione complessiva, anche il mio *Profilo comunitario del turismo*, cit. supra, nota 1, p. 257 ss.

Il par. 2 dispone che il rimborso completo del prezzo pagato entro sette giorni di cui al n. 1 del medesimo art. 8 «si applica anche ai passeggeri i cui voli rientrano in un servizio "tutto compreso", ad esclusione del diritto al rimborso qualora tale diritto sussista a norma della direttiva n. 90/314/Cee».

L'art. 17 prevede un controllo dell'applicazione del regolamento entro il 1° gennaio 2007 e invita la Commissione europea a presentare una relazione *ad hoc* sull'incidenza del negato imbarco e della cancellazione dei voli; sulla congruità degli importi delle compensazioni e «l'eventuale estensione dell'ambito di applicazione del presente regolamento ai passeggeri che hanno stipulato un contratto con un vettore comunitario o titolari di una prenotazione di volo che fa parte di un circuito "tutto compreso" cui si applica la direttiva n. 90/314/Cee e che partono da un aeroporto di un Paese terzo verso un aeroporto di uno Stato membro, con voli non operati da vettori aerei comunitari». Un ambito complesso e delicato, pertanto, che si discosta dalla precedente disposizione di cui all'art. 5 del regolamento n. 295/91²⁹, che lascia non poche ombre sulla tutela dei consumatori di viaggi tutto compreso.

5. Norme «minime» sulla cancellazione del volo e sul ritardo prolungato

Sulle cc.dd. «*new entry*», vale a dire la cancellazione del volo ed il ritardo prolungato, occorre aggiungere poche riflessioni.

Come già si è accennato, trattandosi di inserimenti forzati e non frutto di una adeguata ponderazione delle ben distinte fattispecie – peraltro non connesse direttamente al negato imbarco in quanto eventi propri della patologia del rapporto contrattuale del trasporto aereo di persone – al di là di dichiarazioni di principi dal tenore «la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di gravi disagi e fastidi per i passeggeri» (*considerando* n. 2); «sarebbe opportuno limitare i disagi e i fastidi causati dalla cancellazione di un volo» (*considerando* n. 12); «i passeggeri il cui volo è cancellato dovrebbero poter ottenere il rimborso del prezzo del biglietto o avere la possibilità di proseguire il viaggio con un volo alternativo» (*considerando* n. 13), ciò che si è disposto negli artt. 5 e 6 del regolamento appare assolutamente insufficiente e residuale.

²⁹ «In caso di negato imbarco nel quadro di un viaggio "tutto compreso" il vettore aereo è tenuto al versamento di una compensazione all'operatore che ha concluso un contratto con il passeggero ed è responsabile nei suoi confronti dell'adempimento del contratto per tale viaggio "tutto compreso", in forza della direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"».

Per la cancellazione del volo, ipotesi peraltro frequente soprattutto negli ultimi tempi, l'art. 5 prevede quali vincoli in capo alla compagnia aerea un obbligo di pronta informazione, assistenza e compensazione. Queste ultime misure, tuttavia, subiscono alcuni limiti rilevanti tra i quali la previsione di cui al n. 3 «Il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria a norma dell'art. 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso». Disposizione mitigata, peraltro, dal successivo n. 4 «L'onere della prova, per quanto riguarda se e quando il passeggero è stato avvertito della cancellazione del volo, incombe al vettore aereo operativo».

Per le ipotesi di ritardo prolungato l'art. 6 dispone che «Qualora possa ragionevolmente prevedere che il volo sarà ritardato, rispetto all'orario di partenza previsto *a.* di due o più ore per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km; o *b.* di tre o più ore per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese tra 1500 e 3500 km; o *c.* di quattro o più ore per tutte le altre tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lettere *a.* o *b.*, il vettore aereo operativo presta ai passeggeri: *i.* l'assistenza prevista nell'art. 9, par. 1, lett. *a.*, e nell'art. 9, par. 2; e *ii.* quando l'orario di partenza che si può ragionevolmente prevedere è rinviato di almeno un giorno rispetto all'orario di partenza precedentemente previsto, l'assistenza di cui all'art. 9, par. 1, lett. *b.* e *c.*; e *iii.* quando il ritardo è di almeno cinque ore, l'assistenza prevista nell'art. 8, par. 1, lett. *a.* 2. In ogni caso l'assistenza è fornita entro i termini stabiliti dal presente articolo in funzione di ogni fascia di distanza».

Come attentamente segnalato³⁰, la norma in questione va necessariamente coordinata con la disciplina di diritto interno, laddove si consideri che l'inaidempimento totale del contratto non appare riscontrabile né nelle fonti generali del diritto comunitario, né nelle fonti di diritto internazionale. A tal riguardo, gli artt. 942, 949, 402 e 403 cod. nav., richiamano alcune ipotesi di mancata esecuzione del contratto di trasporto aereo, con la indicazione di alcune misure compensative a disposizione del passeggero, il quale, può tuttavia scegliere la risoluzione del contratto non considerando siffatte compensazioni.

Normativa quest'ultima, che complica ulteriormente la corretta applicazione del regolamento n. 261/2004.

³⁰ E. G. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo*, cit. supra, nota 11, p. 209, che sembrerebbe aderire alla tesi della cancellazione del volo come mero ritardo della prestazione (cfr. nota 25).

Quanto alla questione del «lungo ritardo» (*considerando* n. 15), le norme contenute nell'art. 6 appaiono assolutamente inadeguate e, a quanto consta, potrebbero confondere il passeggero sulla fonte da applicare alla fattispecie laddove abbia subito un danno.

La pluralità di fonti normative rende infatti inaccessibili i già deboli diritti e affievolisce la generale tutela del passeggero. L'ipotesi del ritardo, infatti, è disciplinata sia dal diritto internazionale con le Convenzioni di Varsavia del 1929 e di Montreal del 1999 in tema di trasporto aereo³¹; sia dal diritto comunitario precedentemente in vigore con il regolamento n. 889 del 13 maggio 2002; oltre che dal citato codice della navigazione.

Non credo quindi che le norme in materia di ritardo, allo stato, possano considerarsi un ulteriore «passo in avanti»³²; anzi le misure previste dall'art. 6 altro non sono che mere disposizioni assistenziali che nulla hanno a che fare con la *ratio* compensativa dell'intera struttura regolamentare.

Ciò sottolinea una prospettiva incerta e del tutto negativa per la tutela del passeggero: ad esso, vessato e danneggiato, per far valere i propri diritti, rimarrà soltanto la possibilità di ricorrere dinanzi ai tribunali civili, con i tempi e i modi che tutti conosciamo.

Come a dire: dopo il danno anche la beffa!

Massimo Fragola

³¹ Su cui, ampiamente, M. M. COMENALE PINTO, *La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, p. 68; e più in generale S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, Giuffrè, 2001.

³² Così, per contro, E. G. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo*, *cit. supra*, nota 11, p. 210.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 dicembre 2004*

1. 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.

Successivamente il Consiglio europeo ha tenuto una riunione con il Segretario generale delle Nazioni Unite, signor Kofi Annan.

2. Il Consiglio europeo ha dato il benvenuto al Presidente della Commissione, signor José Manuel Barroso, e si è congratulato con lui per l'assunzione delle funzioni da parte del suo Collegio, esprimendo l'auspicio di collaborare strettamente con la nuova Commissione.

3. Il Consiglio europeo ha discusso i seguenti punti:

I. Allargamento

II. Terrorismo

III. Quadro finanziario 2007-2013: principi e orientamenti

IV. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: strategia dell'Unione europea in materia di droga per il periodo 2005-2012

V. Affari esterni

VI. Varie.

I. Allargamento

Osservazioni generali

4. Il Consiglio europeo ha accolto con soddisfazione le conclusioni e raccomandazioni presentate il 6 ottobre 2004 dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo nelle relazioni periodiche sulla Bulgaria, la Romania e la Turchia, nel documento di strategia sulla Bulgaria, la Romania e la Croazia, nella raccomanda-

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm (*n.d.r.*).

zione sulla Turchia e nel documento sulle questioni inerenti alla prospettiva di adesione della Turchia.

5. A seguito del felice completamento dell'adesione dei dieci nuovi Stati membri all'Unione europea, il Consiglio europeo ha espresso la propria determinazione a continuare il processo avviato con i paesi candidati, contribuendo in tal modo alla prosperità, stabilità, sicurezza e unità dell'Europa. Al riguardo ha ricordato che la capacità dell'Unione di assorbire nuovi membri, mantenendo nello stesso tempo inalterato il ritmo dell'integrazione europea, riveste parimenti grande importanza nell'interesse generale dell'Unione e dei Paesi candidati.

Bulgaria (Omissis)

Romania (Omissis)

Croazia (Omissis)

Turchia (Omissis)

Quadro di negoziazione

23. Il Consiglio europeo ha convenuto che i negoziati di adesione con i singoli Paesi candidati si baseranno su un quadro di negoziazione. Ogni quadro, che sarà stabilito dal Consiglio su proposta della Commissione, tenendo conto dell'esperienza del quinto processo di allargamento e dell'*acquis* in evoluzione, contemplerà gli elementi seguenti, secondo i meriti propri, le situazioni specifiche e le caratteristiche di ciascun Paese candidato.

- Come nei precedenti negoziati, i negoziati sostanziali, che si svolgeranno nell'ambito di una conferenza intergovernativa cui parteciperanno tutti gli Stati membri, da una parte, e lo Stato candidato, dall'altra, e in cui le decisioni dovranno essere adottate all'unanimità, saranno suddivisi in vari capitoli, ciascuno riguardante uno specifico settore politico. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, stabilirà parametri per la chiusura provvisoria o laddove opportuno, per l'apertura di ciascun capitolo; a seconda del capitolo in questione, questi parametri si riferiranno all'allineamento legislativo e a risultati soddisfacenti in termini di applicazione dell'*acquis* nonché agli obblighi derivanti dalle relazioni contrattuali con l'Unione europea.

- Si possono prendere in considerazione lunghi periodi di transizione, deroghe, disposizioni specifiche o clausole di salvaguardia permanenti, ossia clausole permanentemente disponibili come base per misure di salvaguardia. La Commissione inserirà questi aspetti, laddove opportuno, nelle sue proposte per ogni quadro, per settori quali la libera circolazione delle persone, le politiche strutturali o l'agricoltura. Inoltre, nel processo decisionale relativo all'eventuale instaurazione della libera circolazione delle persone, i singoli Stati membri dovrebbero avere il massimo ruolo. Le disposizioni transitorie o le salvaguardie dovrebbero essere riesaminate in ordine al loro impatto sulla concorrenza o sul funzionamento del mercato interno.

- Gli aspetti finanziari dell'adesione di un Paese candidato devono essere presi in considerazione nel pertinente quadro finanziario. Pertanto i negoziati di adesione da aprire con i Paesi candidati la cui adesione potrebbe avere notevoli ripercussioni finanziarie potranno essere conclusi solo dopo l'istituzione del quadro finanziario per il periodo a decorrere dal 2014, unitamente a eventuali riforme finanziarie conseguenti.

- L'obiettivo condiviso dei negoziati è l'adesione.

Tali negoziati sono un processo aperto i cui risultati non possono essere garantiti in anticipo.

Pur tenendo conto di tutti i criteri di Copenaghen, se lo Stato candidato non è in grado di assumersi appieno tutti gli obblighi che incombono a un membro, occorre assicurare che lo Stato candidato in questione sia saldamente ancorato, con il legame più forte possibile, alle strutture europee.

- Qualora esista una violazione grave e persistente da parte di un Paese candidato dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto su cui si fonda l'Unione, la Commissione, di sua iniziativa o su richiesta di un terzo degli Stati membri, raccomanderà di sospendere i negoziati e proporrà le condizioni per la loro eventuale ripresa. Il Consiglio deliberando a maggioranza qualificata su tale raccomandazione, dopo aver ascoltato il paese candidato, deciderà se sospendere i negoziati e le condizioni per la loro ripresa. Gli Stati membri agiranno nell'ambito della CIG conformemente alla decisione del Consiglio, fatto salvo l'obbligo generale di unanimità in seno alla CIG. Il Parlamento europeo sarà informato.

- Parallelamente ai negoziati di adesione l'Unione avvierà con ciascun Paese candidato un intenso dialogo politico e culturale. Al fine di rafforzare la comprensione reciproca attraverso il riavvicinamento delle popolazioni, questo dialogo globale dovrà altresì coinvolgere la società civile.

II. Terrorismo

24. Il Consiglio europeo ha ribadito la sua risoluta determinazione a contrastare la perdurante minaccia terroristica attraverso un approccio globale e integrato che rafforzi sia la cooperazione interna sia quella internazionale, in conformità con i principi su cui si fonda l'Unione europea.

25. Non si può permettere che la democrazia e il rispetto dei diritti fondamentali siano messi a repentaglio dal terrorismo. Le iniziative di lotta al terrorismo devono rispettare i diritti umani e le libertà fondamentali. Il Consiglio europeo ha sottolineato l'importanza di promuovere il rispetto fondato su valori universali e sulla tolleranza, il dialogo interreligioso e interculturale e la piena partecipazione alla società.

(Omissis)

III. Quadro finanziario 2007-2013

Principi e orientamenti (Omissis)

IV. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Strategia dell'Unione europea in materia di droga per il periodo 2005-2012 (Omissis)

Politica di integrazione degli immigrati (Omissis)

V. Affari esterni

40. Il Consiglio europeo ha ribadito il suo impegno per la strategia europea in materia di sicurezza, adottata un anno fa. Ispirandosi agli orientamenti in essa contenuti, l'Unione è riuscita a migliorare la sua capacità d'impatto sulla scena mondiale. Il Consiglio europeo ha invitato la Presidenza entrante a proseguire nell'attuazione della strategia in cooperazione con l'Alto Rappresentante e la Commissione e ad integrarne gli orientamenti in tutte le pertinenti politiche europee.

Affrontare le principali preoccupazioni (Omissis)

Costruire legami più forti con i nostri vicini (Omissis)

Un ordine internazionale basato su un multilateralismo efficace (Omissis)

Collaborare con i partner (Omissis)

PESD

60. Il Consiglio europeo ha accolto favorevolmente l'inizio positivo dell'operazione militare dell'UE ALTHEA in Bosnia-Erzegovina in data 2 dicembre, che pone in rilievo l'impegno dell'Unione alla stabilità e sicurezza in tale paese e costituisce un esempio concreto del partenariato strategico nella gestione delle crisi con la NATO. Esso ha anche preso atto del positivo svolgimento delle tre missioni in corso della PESD – la missione di polizia UE in Bosnia-Erzegovina, EUPOL Proxima nell'ex Repubblica jugoslava di Macedonia e la missione THEMIS "stato di diritto" in Georgia. Ha chiesto alla Presidenza entrante e al Segretario Generale/Alto Rappresentante, in stretta cooperazione con le Nazioni Unite, di procedere nei preparativi per una missione di polizia e per un'eventuale missione - attualmente all'esame – dedicata alla riforma del settore della sicurezza, nella Repubblica democratica del Congo, nonché per un'eventuale missione integrata di polizia, stato di diritto e amministrazione civile per l'Iraq, che dovrebbe essere avviata dopo le elezioni del gennaio 2005.

(Omissis)

Cooperazione internazionale

63. Il Consiglio europeo ha sottolineato l'importanza di garantire un contributo coerente dell'aiuto pubblico allo sviluppo (APS) della CE per eliminare la povertà in tutti i paesi in via di sviluppo. In tale contesto il Consiglio europeo ha rilevato la necessità di trovare il modo di porre maggiormente l'accento sui più poveri e in particolare sull'Africa, pur onorando gli impegni assunti.

(Omissis)

VI. Varie

Valori condivisi (Omissis)

Cooperazione consolare (Omissis)

Agenzia UE dei diritti umani

70. Il Consiglio europeo ha esortato a portare avanti l'attuazione dell'accordo, raggiunto nel dicembre 2003 dai rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio europeo, sull'istituzione di un'agenzia UE dei diritti umani, la quale svolgerà un ruolo essenziale nel migliorare la coerenza e la consequenzialità della politica dell'UE nel settore.

Servizio europeo per l'azione esterna (Omissis)

ALLEGATO I

Dichiarazione sull'Ucraina (Omissis)

ALLEGATO II

Dichiarazione sul processo di pace in Medio Oriente (Omissis)

**L'ITALIA HA RATIFICATO IL TRATTATO
CHE ADOTTA UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA***

Disegno di legge n. 3269 del Senato della Repubblica - XIV Legislatura¹

*Attesto che il Senato della Repubblica,
il 6 aprile 2005, ha approvato il seguente disegno di legge,
d'iniziativa del Governo, già approvato dalla Camera dei deputati:*

**Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e
alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29
ottobre 2004**

Articolo 1 - Autorizzazione alla ratifica

1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2005 [*rectius*: 29 ottobre 2004, *n.d.r.*].

Articolo 2 - Ordine di esecuzione

1. Piena ed intera esecuzione è data al Trattato di cui all'art. 1 a decorrere dalla data della sua entrata in vigore in conformità a quanto disposto dall'art. IV-447 del Trattato stesso.

Articolo 3 - Entrata in vigore

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

Il Presidente

(Omissis)

* In argomento v. *infra*, p. 151 ss., lo scritto di EMILIA VIGLIAR.

¹ Bozza provvisoria (approvata definitivamente, non ancora pubblicata) reperibile al sito internet <http://www.senato.it/leg/14/BGT/Schede/Ddliter/22437.htm>.

IL MODELLO DI UNIONE EUROPEA NEL TRATTATO CHE ADOTTA UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA

Sommario: *Introduzione - 1. L'iter formativo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa - 2. La nuova sistematica del diritto dell'Unione - 3. L'introduzione dei diritti fondamentali - 4. Il dibattito sul fondamento dell'Unione costituzionale - 5. L'Unione europea tra internazionalismo e costituzionalismo.*

Introduzione

Con la firma del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, avvenuta a Roma il 29 ottobre 2004, si apre una nuova fase della storia europea, la storia dell'unione realizzata attraverso varie forme istituzionali, che ha preso vita solo nella seconda metà del Novecento, ma affonda le sue radici ben più lontano nel tempo. Già a partire dal XVII secolo, diversi filosofi, politici ed economisti avevano associato la cultura liberale e pacifista a quella federalista, in una visione complessiva dello sviluppo economico e politico europeo, che fu per molto tempo bollata come *utopistica*. Sia nel filone culturale pacifista, (Crucé, Saint Pierre, Kant), che in quello federalista (Tocqueville, Saint Simon, i federalisti francesi del primo Novecento), sono state prodotte diverse opere, che testimoniano le esigenze di superamento del sistema degli Stati nazionali, in un sistema di unione internazionale.

Anche passando dal campo delle idee a quello della concreta realizzazione istituzionale, già nell'Ottocento si erano attuati due modelli storici di unione, uno nel campo politico, con il federalismo della Santa Alleanza, l'altro nel campo economico, con le Unioni tecnico-funzionali della fine dell'Ottocento¹.

¹ La politica internazionale delle Grandi Potenze, coordinata nel c.d. Concerto europeo, mirava a rafforzare l'ordine internazionale esistente, non solo mediante la creazione di un legame federalistico tra i soggetti partecipanti, ma anche tentando di dar vita ad un vero e proprio ordinamento

Gli Stati europei non erano, però, ancora pronti a concedere le limitazioni di sovranità necessarie per dar vita alle unioni internazionali. Al contrario, la cultura europea del primo Novecento ha generato tre diversi filoni, che hanno diviso il continente in tre aree politiche ed economiche profondamente diverse, il cui scontro ha prodotto la tragedia della seconda guerra mondiale. Sia il filone nazionalista, che ha ispirato il modello dello Stato-potenza tedesco ed italiano, sia il pensiero socialista marxista e leninista, che ha concepito il modello delle vie nazionali al socialismo, sia il modello liberista Keynesiano dello Stato economico interventista, realizzato in Francia e in Gran Bretagna, si sono orientati verso il rafforzamento degli Stati nazionali, allontanandosi dall'idea di unione europea². Solo alla fine del conflitto, gli europei hanno preso definitivamente coscienza della perdita dell'eurocentrismo nel mondo e della necessità di realizzare tra gli Stati europei forme organizzative istituzionalizzate. Anche se, quindi, alla fine della guerra, l'iniziativa è stata assunta dagli Stati Uniti, gli Stati europei occidentali erano ormai maturi per realizzare forme istituzionali di unione, tanto che dopo la nascita delle organizzazioni euroatlantiche, hanno proseguito da soli sulla via comunitaria, sia pure limitandosi semplicemente al campo dell'integrazione economica.

Il processo di unione si è sviluppato nel corso della seconda metà del Novecento, con la politica dei piccoli passi, svolta con un gradualismo funzionale, in base al quale, nel momento stesso in cui un trattato internazionale

giuridico, il diritto pubblico europeo. Esse sottoscrissero, nella Conferenza di Londra del 1831, un protocollo nel quale confermavano la validità del grande principio di diritto pubblico, del principio di ordine superiore, secondo cui i trattati non perdono la loro forza, quale che siano i cambiamenti che intervengono nell'organizzazione interna dei popoli. L'altro modello storico di unione interstatale era, invece, dettato da motivazioni prevalentemente economiche: alla fine del XIX secolo, diversi Stati compirono un decisivo passo nello sviluppo della collaborazione internazionale, dando vita alle prime forme di unioni funzionali (Unione Telegrafica Internazionale del 1865, Unione Postale Universale del 1847 ed Unione Ferroviaria Internazionale del 1890). Queste miravano all'integrazione graduale delle unità impegnate nel processo integrativo, in funzione delle esigenze che emergevano dai settori economico-sociali e tecnici; il metodo funzionale si combinava egregiamente con l'idea pacifista e con quella liberista, già in passato associate all'idea federalista, dal momento che poggiava sull'assunto che pace e benessere economico si ottengono attraverso la cooperazione internazionale.

² In realtà, nonostante i duri ostacoli posti dalle resistenze nazionalistiche degli Stati sovrani, orientati a privilegiare le esigenze della politica rispetto a quelle dell'economia internazionale, il cammino liberista e federalista tentò di riprendere il suo corso anche dopo la prima guerra mondiale. Nel pieno della crisi economica del 1929, infatti, si formularono vari progetti federalistici per l'Europa tendenti alla creazione di un legame d'unione tra gli Stati europei e tra di essi, senza dubbio, il più concreto fu quello concepito da Aristide Briand. Il 5 settembre del 1929, durante la X Assemblea della Società delle Nazioni, il Ministro degli esteri francese avviò ufficialmente l'iniziativa per la creazione di un'organizzazione istituzionale della collaborazione fra gli Stati europei e, solo quattro giorni dopo, fu incaricato di preparare un progetto preliminare per la creazione degli Stati Uniti d'Europa, da presentare alla XI Assemblea. Ma il progetto, dopo essere stato discusso nell'Assemblea della Società delle Nazioni dell'11 settembre 1930, si insabbiò nei lavori successivi e non produsse alcun risultato positivo. Per la lettura dei documenti originali, ed in particolare del discorso di Aristide Briand del 5 settembre 1929 alla Società delle Nazioni, v. MIRKINE-GUETZEVITCH - SCHELLE, *L'Union européenne*, Paris, Delagrave, 1931. Sul memorandum di Briand e sulle risposte degli Stati europei, documenti di grande interesse internazionale, v. anche il mio lavoro, *L'unione europea all'epoca del progetto Briand*, Milano, Giuffrè, 1983.

consolidava nuovi successi nel campo integrativo, poneva un'aspettativa di nuovi traguardi verso un successivo ampliamento strutturale o funzionale. Con tale metodo, il processo di aggregazione è riuscito a raggiungere risultati che sarebbero apparsi assolutamente inimmaginabili cinquanta anni fa, attuando il passaggio dall'integrazione puramente economica ad una forma di unione ben più complessa, che ha realizzato la moneta unica e che si è avviata sulla strada dell'unione politica e di difesa comune.

Ma in seguito all'ultimo imponente ampliamento, che ha portato a venticinque il numero degli Stati membri, si è resa indispensabile una riforma dell'apparato istituzionale esistente, riforma che, per la verità, avrebbe dovuto precedere e non seguire l'allargamento, per predisporre in anticipo il riordinamento dell'ordinamento giuridico europeo e quello dei sistemi nazionali. L'allargamento ha richiesto una vera e propria riforma *costituzionale* dell'Europa, per edificare la base comune di valori e di principi, necessari per sorreggere il cammino dell'Unione, ancora arduo da compiere; superando imponenti difficoltà questo traguardo è stato raggiunto il 29 ottobre 2004, con la firma, avvenuta a Roma, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

1. L'iter formativo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa

Com'è ormai noto, la strada per la realizzazione del Trattato costituzionale è stata aperta dal Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001, che, nella Dichiarazione sul futuro dell'Europa, ha individuato alcune grandi questioni, intorno a cui doveva articolarsi il dibattito sulle riforme. In quella occasione, l'interrogativo sulla eventuale possibilità di distinguere tra un trattato di base e tutto il resto della normativa europea ha introdotto, per la prima volta, l'idea dell'utilità di un trattato costituzionale. In realtà la Costituzione europea era già considerata da molti come nata quale costituzione materiale, ricavata da vari preamboli ed articoli dei precedenti trattati. Appariva quindi opportuno che si traducesse in diritto positivo dando forma giuridica ad una sostanza, già in buona parte esistente, per esprimere in un linguaggio chiaro e definito il complesso dei valori considerati come essenziali per la civile convivenza di una comunità sociale e politica³.

³ Sulla costruzione di un modello di Europa costituzionale la bibliografia è ampia. Senza alcuna pretesa di voler fornire un elenco esaustivo, segnaliamo, tra i vari lavori: FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995; BARBERA, *Esiste una Costituzione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, n. 1, p. 59-81; CAPELLI, *Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione Europea: due costituzioni per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2002, p. 147 ss., p. 389 ss. e p. 784 ss.; BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001; DE SIERVO (a cura di), *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, Bologna, Il Mulino, 2001; PARSÌ (a cura di), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2001; PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2002; BASSANINI - TIBERI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Bologna, Il Mulino, 2003; WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003; AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione*

L'idea di inserire la Costituzione nel processo integrativo europeo nasce dalla volontà dei Governi degli Stati membri di riformare l'Unione, in occasione dell'allargamento a 25 Stati membri. Inoltre, accanto a questa spinta interna, si presenta sempre più urgente la necessità di rispondere alla spinta esterna proveniente dallo sviluppo della Comunità mondiale, nella quale si accentua l'inadeguatezza del potere internazionale degli Stati, in relazione alla concentrazione di potere in grandi blocchi, costituiti o da grandi potenze mondiali o da nuove entità organizzate.

Il Consiglio europeo di Laeken, dunque, dopo aver evidenziato alcuni temi fondamentali (come la migliore ripartizione delle competenze nell'Unione, la semplificazione degli strumenti legislativi, la maggiore legittimità democratica e trasparenza delle istituzioni, la semplificazione dei trattati, l'eventuale prospettiva di una Costituzione europea con l'inserimento della Carta dei diritti fondamentali nel trattato di base) ha preso la decisione di convocare una *Convenzione*, che, con un metodo innovativo ed alternativo rispetto alla tradizionale Conferenza intergovernativa, si è assunta il compito di esaminare le questioni essenziali sullo sviluppo futuro dell'Unione e di ricercare le diverse soluzioni possibili⁴. Presieduta dall'ex presidente francese Giscard d'Estaing e composta da 102 membri, la Convenzione ha avviato i propri lavori nel febbraio 2002 e li ha conclusi nel giugno 2003, allorché ha consegnato la bozza del testo al Consiglio europeo di Salonicco. L'imponente documento giuridico, oltre a realizzare una grande opera di risistemazione della legislazione esistente, superando, con l'abolizione dei tre pilastri, il disagio di una faticosa lettura ed individuazione di un ordinamento costruito attraverso una lunga serie di trattati, ha introdotto la grande novità di collegare ad una base costituzionale il processo di unione finora svolto.

La lettura del progetto ha suscitato diverse critiche sul suo specifico contenuto, legate al fatto che esso non impegnava l'Europa a tutelare la pace, non menzionava adeguatamente i diritti sociali o per lo meno non equiparava lo sviluppo sociale e quello ambientale allo sviluppo economico, non offriva sufficiente tutela giurisdizionale ai diritti fondamentali e non prestava adeguato interesse né ai diritti degli immigrati, né allo sviluppo economico e sociale dei Paesi extraeuropei. In particolare molto si è discusso sulla scelta dei valori da inserire, se cioè essi dovessero esprimere solo il carattere laico delle istituzioni o dovessero anche fare riferimento a valori religiosi, riconoscendo le ra-

nel nuovo contesto europeo, Torino, Giappichelli, 2003; ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Dal Piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 2004; ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2004; TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁴ Il ricorso ad una Convenzione ha rappresentato un metodo innovativo ed alternativo a quello della Conferenza intergovernativa, con cui si era proceduto in passato alla revisione dei trattati. Esso è stato dettato dall'esigenza di garantire la massima trasparenza possibile ed un ampio dibattito democratico, in vista di raggiungere un effettivo consenso su un evento così importante.

dici giudaico-cristiane, che fanno parte della storia e degli ideali europei e da più parti si è lamentato di aver trascurato, nel richiamo alla storia culturale comune, ogni accenno alle comuni radici del cristianesimo. Contemporaneamente, al progetto di Costituzione sono stati riconosciuti molti elementi positivi, come il superamento della costruzione in tre pilastri nella formazione di un unico quadro istituzionale, la scelta di dotare l'Unione di personalità giuridica, l'inserimento della Carta dei diritti fondamentali nel testo del Trattato, l'istituzione di un Ministro degli esteri europeo, il potenziamento della politica di difesa.

Ma affinché il progetto di Costituzione fosse varato, occorre che si sciogliessero ancora alcuni nodi⁵. Consegnato al presidente *pro-tempore* del Consiglio europeo Berlusconi, il 18 luglio 2003, ed al vertice di Bruxelles, per l'approvazione, il 13 dicembre 2003 aveva superato quasi tutti gli scogli, ma non era ancora riuscito a raggiungere il consenso definitivo da parte dei Capi di Stato e di Governo; sicché l'autorizzazione alla firma si è avuta solo dopo ulteriori negoziati, protratti durante il 2004, sotto la presidenza irlandese.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stato sottoscritto a Roma, il 29 ottobre 2004, dai Capi di Stato e di Governo dei venticinque Stati membri⁶ e costituisce certamente un utile strumento per rafforzare il cammino dell'Unione ponendo, con il riconoscimento di valori comuni, le fondamenta di una struttura più stabile ed omogenea, su nuove basi di trasparenza e di partecipazione popolare.

⁵ Il nodo più difficile da sciogliere riguardava il sistema di votazione del Consiglio: in particolare, nel previsto sistema della doppia soglia di una maggioranza (che impegnava contemporaneamente il consenso di una percentuale di Stati, i quali rappresentassero anche una percentuale di popolazione), nella concreta definizione numerica, metteva in contrapposizione quei Paesi - principalmente Francia Germania ed Italia - fautori di un'Europa capace di prendere decisioni, con quelle dei Paesi - in particolare Spagna e Polonia - che si preoccupavano di perdere peso politico, nel quadro delle percentuali definite, che, nella prima bozza erano state fissate nel 50% degli Stati, che rappresentasse il 60% della popolazione. Ma anche la quota dei commissari previsti dal progetto originale nel numero di 15, non soddisfaceva i Paesi membri, che reclamavano ciascuno il proprio rappresentante in seno alla Commissione. Ed infine, nel Parlamento europeo la scelta originaria di 732 membri non ha soddisfatto i Paesi piccoli, che temevano un aumento enorme della rappresentanza dei Paesi più grandi. Ma oltre alle difficoltà di ordine politico, la Conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri doveva anche approfondire il tema giuridico dei rapporti tra la fonte internazionale del Trattato e il contenuto costituzionale che si voleva introdurre nel processo di unione europea. Così sono state apportate poche, ma significative modifiche, al testo del precedente progetto di Trattato a partire dal titolo stesso, che muta sostanzialmente i rapporti tra costituzione e Trattato, per finire con la numerazione, che assume anch'essa un valore indicativo di una nuova prospettiva giuridica.

⁶ Bulgaria, Romania e Cipro (Paesi candidati) hanno firmato solo l'Atto Finale, mentre la Croazia ha partecipato in qualità di Stato osservatore, in quanto non ha partecipato ai lavori della Convenzione.

2. La nuova sistematica del diritto dell'Unione

La normativa contenuta nel testo introduce, con poche modifiche e con un nuovo ordine sistematico, la vasta materia comunitaria e dell'Unione europea prodotta dai numerosi Trattati, che si sono susseguiti dal 1957 al 2003. La struttura del Trattato è costituita da un preambolo, da quattro parti (comprendenti 448 articoli), da 36 protocolli e da 2 allegati.

In sintesi, il *preambolo* fa appello ai valori del patrimonio culturale europeo, ed in particolare *ai valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, e dello Stato di diritto*, condivisi dai popoli degli Stati membri, i quali, *pur restando fieri della loro identità e della storia nazionale, sono decisi a superare le antiche divisioni e, uniti in modo sempre più stretto, a forgiare il loro destino comune*. L'accento è posto in particolare sul binomio *unità nella diversità*, che esprime due diverse impostazioni, riconducibili, la prima, all'esigenza di omogeneità necessaria per costruire la base costituzionale, e la seconda, alla tradizione internazionalista di Stati che conservano la loro individualità, sia pure concedendo ampie limitazioni della propria sovranità.

La parte prima, che comprende nove titoli, suddivisi in 60 articoli, riguarda aspetti generali dei vari temi, che saranno poi trattati, in maniera dettagliata, nelle parti successive. In particolare, nel titolo I sulla definizione degli scopi dell'Unione, si indicano gli obiettivi principali dell'Unione⁷. Viene poi inserita una breve norma, che elimina definitivamente ogni fonte di equivoco e trasforma in diritto positivo la lunga opera di elaborazione giurisprudenziale svolta dalla Corte di giustizia, sostenitrice del primato del diritto comunitario sulle legislazioni interne: *la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri* (art. I. 6).

La parte seconda (artt. II. 61 – II. 114), dedicata ai diritti fondamentali, comprende sette titoli, i quali incorporano, con poche modifiche che ne lasciano inalterata la sostanza, la Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Unione e della Commissione europea.

⁷ L'art. I. 3 pone come principali obiettivi: promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli; offrire ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata; adoperarsi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, specificando che essa deve basarsi su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente; contribuire alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, sempre nel quadro dello sviluppo del diritto internazionale e del rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite.

La parte terza (artt. III. 115 - III 436), che è la più vasta, riunisce l'*acquis*, sia delle politiche comunitarie originarie, sia delle nuove politiche istituite nel Trattato sull'Unione europea del 1992.

E infine la parte quarta, sulle disposizioni generali e finali, completa il quadro generale già definito nella prima parte, introducendo una norma di particolare rilievo (art. IV. 437), che procede all'*abrogazione* dei precedenti Trattati. Si pone fine, in tal modo, alla struttura a *pilastri* della costruzione europea, creata dal Trattato di Maastricht e sopravvissuta nei successivi Trattati modificativi.

In tale ultima parte il Trattato costituzionale introduce anche un'altra importante novità, relativa alla disciplina della *procedura di revisione*, che viene modificata rispetto al passato. Secondo il sistema di revisione *ordinario*, il Governo di qualsiasi Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione possono prendere l'iniziativa per una revisione del Trattato, sottoponendo il progetto di modifica al Consiglio, che, in caso sia favorevole all'esame delle modifiche proposte convoca una *Convenzione*, composta da rappresentanti dei Parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di Governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione. Si istituzionalizza con tale norma il ricorso alla Convenzione, già adottata per il progetto di trattato costituzionale, la quale ha il compito di esaminare le proposte di modifica e di elaborare le raccomandazioni, da sottoporre ad una *conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*. Se poi il Consiglio europeo non ritenga di convocare la Convenzione, perchè l'entità delle modifiche non la giustifica, definisce un mandato per convocare una Conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, allo scopo di stabilire di comune accordo le modifiche da apportare al Trattato. È prevista anche una procedura di revisione *semplificata*, relativamente alle modifiche riguardanti il titolo III della parte III, ossia le politiche e le azioni interne dell'Unione: nei casi riguardanti questo campo, il Governo di qualsiasi Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione possono sottoporre progetti di modifica al Consiglio europeo, il quale può adottare la modifica con una decisione presa all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, in caso di modifiche istituzionali nel settore monetario, della Banca centrale europea.

3. L'introduzione dei diritti fondamentali

L'inserimento dei diritti fondamentali nel Trattato costituzionale ha inaugurato una nuova fase dell'Unione e costituisce una importante novità nella sua storia giuridica, perchè dà nuovo vigore al processo finora realizzato, rafforzando il livello di omogeneità, proprio nel momento in cui, dopo l'allargamento ai Paesi PECO, l'Unione stessa rischia di perdere la propria identità.

Finora i diritti fondamentali erano enunciati solo nelle Costituzioni nazionali degli Stati membri, mentre a livello europeo erano, tutt'al più, considerati nel quadro di una costituzione materiale dell'Unione. Oggi nel contenuto della Carta troviamo l'elenco dettagliato di quei diritti che erano stati oggetto di rinvio agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri: diritti derivanti, come cita il preambolo, *dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo*⁸.

Da un punto di vista strutturale, la Carta consta di un preambolo e 54 articoli, divisi in 7 capi, secondo criteri non tradizionali: 1. dignità della persona; 2. libertà; 3. uguaglianza; 4. solidarietà; 5. cittadinanza; 6. giustizia; 7. portata ed ambito di applicazione di tali diritti. Le diverse fonti indicate nel preambolo non presentano tutte lo stesso grado di omogeneità e sono quindi sottoposte a gradi diversi di tutela giuridica. Vi sono, infatti, diritti fondamentali saldamente garantiti nelle Costituzioni nazionali e diritti che ricevono un grado di tutela assolutamente minimo, come i diritti sociali, i quali sono considerati in materia difforme nei vari Stati membri. Del resto, proprio l'inserimento dei diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali è stato uno dei temi che ha suscitato le polemiche più vivaci. Da un lato, si sono schierate le posizioni a favore di una efficace tutela di tali diritti, anche per bilanciare le libertà di circolazione del mercato unico, dall'altro le posizioni (manifestate soprattutto dai rappresentanti della Gran Bretagna), poco favorevoli ad investire l'Unione di più ampie competenze in materia sociale, anche in considerazione della difficoltà di ottenere una concreta applicazione giudiziaria; dal difficile compromesso tra queste opposte tendenze è nato l'attuale catalogo dei diritti sociali, cui è stato attribuito uno statuto giuridico equivalente a quello dei diritti civili e politici.

Certamente la seconda parte del Trattato pone una serie di problemi, per le innegabili sovrapposizioni tra due sfere normative (nazionali ed europea). Sui rapporti tra i due ordini costituzionali, la tesi piuttosto diffusa è quella che individua una costruzione costituzionale a più livelli, in cui resta formalmente in vi-

⁸ Di particolare rilievo è la norma contenuta nell'articolo I. 9 del titolo II, sui diritti fondamentali e sulla cittadinanza: dopo aver chiarito che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, tale articolo stabilisce un importante collegamento con la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dando le risposte agli interrogativi sul coordinamento tra i due sistemi di unione, che avevano per anni impegnato l'analisi degli studiosi. Si specifica, infatti, che l'Unione aderisce alla Convenzione e 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.

ta il livello degli Stati nazionali, ma ad esso si sovrappone un secondo livello, in cui si attua una *reductio ad unum* dei principi comuni agli Stati membri, trovando il minimo comune denominatore per l'omogeneità indispensabile all'Europa costituzionale. Il livello nazionale e quello soprannazionale si influenzano e si integrano reciprocamente e, di conseguenza, il quadro complessivo dell'ordinamento costituzionale dell'Europa va ricavato dalla lettura congiunta dei testi costituzionali nazionali, in connessione col testo del Trattato che adotta la Costituzione europea, nonché col diritto derivato e con la giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria. Il costituzionalismo a più livelli è considerato anche un costituzionalismo integrato, nel senso che esso va visto in una concezione dinamica in cui si attua la cooperazione tra i vari livelli dei poteri sovrani. Seguendo tale tesi, non si richiede come necessaria l'esistenza di uno Stato federale, perché questo *multilevel constitutionalism* è inserito nell'ottica di un *processo* di costituzione⁹.

I problemi che sorgono dalla coesistenza dei due livelli normativi si riconducono anche al fatto che il legislatore si è mosso in un'ottica interessata prevalentemente all'ordinamento europeo ed ai suoi rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (v. art. II-43), mentre ha dedicato all'impatto ed alla convivenza della Carta con i sistemi costituzionali nazionali una minore attenzione¹⁰. Questi ultimi verrebbero innegabilmente ridimensionati dal primo comma dell'art. II-111, che afferma il primato delle disposizioni della Carta nell'area del diritto comunitario, con l'implicito effetto di ridurre il minimo denominatore dei diritti fondamentali e di abbassare il livello di tutela nazionale¹¹.

⁹ Sul tema dell'omogeneità costituzionale e della costituzione multistrato cfr.: MANZELLA, *L'identità costituzionale dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999; PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, *CMLR*, 1999; ATRIPALDI - MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2003; PERNICE - MAYER, *La costituzione integrata dell'Europa*, in ZAGREBELSKY - PORTINARO - LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 43-68. In quest'ultimo scritto gli autori sostengono una sovranità europea integrata nella Costituzione, con la conseguenza che gli individui finirebbero per assumere un doppio ruolo di *demos* nazionale e di *demos* europeo.

¹⁰ Senza addentrarci sull'individuazione dei rapporti tra il costituzionalismo nazionale e quello europeo nei vari casi specifici, citiamo l'esempio richiamato nel saggio di AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in SICLARI, (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 61 ss., a proposito del diritto di sciopero. L'art. II-88 cita testualmente: «I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero». Ma, mettere sullo stesso piano lavoratori e datori di lavoro, equivale a rompere con la nostra tradizione culturale che considera lo sciopero dei lavoratori un diritto, costituzionalmente tutelato, non equiparabile alla serrata, che, tutt'al più può essere considerata lecita, ma non tutelata.

¹¹ Si è anche osservato che qualora la Carta riduca il livello di tutela dei diritti fondamentali, in un procedimento europeo cui non abbiano partecipato i parlamenti nazionali, si arroga la pretesa di modificare gli assetti costituzionali degli Stati europei senza la partecipazione della volontà popolare. V. in tal senso DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in

Nella Carta dei diritti fondamentali sono state generalmente riprodotte, mediante enunciazioni dal contenuto piuttosto vago, le categorie dei valori tradizionali già acquisiti nelle costituzioni nazionali ed internazionali. La scelta è stata quella di garantire solo un livello minimo di tutela, soprattutto perché, in alcuni campi, come nella materia sociale, non vi è sufficiente omogeneità tra gli ordinamenti nazionali. Per il momento si è cercato, quindi, di riassumere il nucleo comune del patrimonio esistente, definendo solo un quadro di ricognizione generale e rinviando la tutela di determinate situazioni concrete ai singoli ordinamenti nazionali, in attesa di una futura estensione dei compiti delle istituzioni europee. Questa scelta viene criticata dai fautori di un maggior garantismo europeo, che giudicano inadeguato l'approccio riassuntivo della Carta, perché contrastante con l'esigenza di differenziare e dare una connotazione autonoma al catalogo dei valori costituzionali dell'Unione, rispetto a quelli tutelati negli ordinamenti nazionali.

È indubbio che le disposizioni della Carta pongono problemi di carattere tecnico e pratico, nel momento in cui si volesse rendere effettivo il contenuto ideale in essi contenuto. Il discorso vale sia per quei diritti, che ricevono nel quadro dell'ordinamento costituzionale dell'Unione una minore tutela rispetto agli ordinamenti costituzionali nazionali, sia, in senso contrario, per quelli che garantiscono sul piano europeo una tutela più ampliata. La debolezza della tutela comunitaria risiede, innanzitutto, nella difficoltà di mettere a raffronto le diverse tecniche da utilizzarsi nei due livelli di tutela e, inoltre, nella frequente adozione della tecnica di rinvio agli ordinamenti nazionali da parte della Carta. In alcuni articoli, cioè, dopo aver enunciato il diritto che si intende tutelare, segue una clausola di stile, in cui si afferma che *tale diritto troverà attuazione, conformemente al diritto comunitario ed alle legislazioni e prassi nazionali*; il che equivale a ridurre le enunciazioni dei diritti a mere dichiarazioni di principio. Le stesse considerazioni valgono per l'altra formula, adottata talvolta nel Trattato, che prevede, nell'attuazione di alcune politiche dell'Unione, un *elevato livello* di protezione o di tutela; la genericità dell'espressione adottata rende inapplicabile la formula *tout court* e richiederà l'intervento della Corte di giustizia per stabilire cosa debba in concreto intendersi *per livello elevato*.

ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, cit. supra, nota 3, p. 258 ss. Sui problemi di incoerenza, che potrebbero sorgere se dovessero risultare in contrasto le disposizioni della Carta con quelle delle Costituzioni nazionali, con le conseguenti difficoltà ricadenti sugli individui (contemporaneamente cittadini nazionali e cittadini europei), sottoposti a due distinte discipline cfr. DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali*, in ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, loc. cit., p. 192 ss.

4. Il dibattito sul fondamento dell'Unione costituzionale

Con la firma del Trattato che adotta la Costituzione europea si è esaurito il dibattito sulla possibilità di costituzionalizzare l'unione e, in parte, anche quello sulla sua opportunità¹²; ma resta aperto il confronto tra gli studiosi sull'individuazione del fondamento costituzionale nel modello di Europa attualmente realizzato.

Nell'accezione tecnico-giuridica tradizionale, con il termine *costituzione* si definisce la legge fondamentale di uno Stato che contiene, da un lato, le norme relative alla sua organizzazione ed al suo funzionamento, dall'altro quelle riguardanti i diritti ed i doveri dei cittadini; il che starebbe ad indicare che la Costituzione è legata alla preesistenza di uno Stato e di un popolo. Così, nelle nostre Costituzioni nazionali il fondamento è riposto nell'elemento della sovranità popolare: nella Costituzione italiana, ad esempio, si afferma che *la sovranità appartiene al popolo* e nella legge fondamentale tedesca che *il potere costituente appartiene al popolo*.

Nel dibattito culturale, sviluppato principalmente dalla dottrina tedesca sulla nozione di Costituzione¹³, le diverse tesi spaziano tra due poli estremi, che vanno dalla posizione *statalista*, secondo cui è la preesistenza di uno Stato a consentire la nascita della Costituzione a quella opposta *contrattualistica*, per la quale è il contratto sociale stretto dai cittadini (che con tale atto definiscono il proprio *status*), a determinare il potere pubblico dello Stato.

Nel caso dell'Unione costituzionale europea, il problema diventa più complesso, perché non investe solo i rapporti Stato-cittadini-Constituzione, ma anche l'altro rapporto Stati membri-Unione. Intervengono, cioè, in tale pro-

¹² Le diverse posizioni euroottimistiche ed euroscettiche possono ricavarsi dalla lettura del testo, ormai storico, di ZAGREBELSKY - PORTINARO - LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit. *supra*, nota 9, in cui si sono confrontate varie posizioni, all'interno delle due visioni antitetiche espresse dal costituzionalista tedesco Grimm, nel saggio Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea e dal filosofo Habermas, nel suo saggio intitolato Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione? Grimm individuava, nel passaggio dal sistema d'unione europea di natura internazionale pattizia ad una sua eventuale costituzionalizzazione, un mutamento della fonte originaria eterogenea, che risiedeva negli Stati, nella fonte autonoma popolare, necessaria per attuare il passaggio allo Stato federale. Con tali premesse l'euroscetticismo è d'obbligo, perché Grimm non vede, nelle condizioni esistenti, la possibilità di un coinvolgimento dell'enorme popolo europeo nelle decisioni politiche, condizionate solo dalla pressione di un'élite sociale. Con tale posizione, condivisa anche da altri studiosi, concordava in larga parte anche Weiler (cfr. *La Costituzione dell'Europa*, cit. *supra*, nota 3), per il quale la Costituzione presuppone l'esistenza di uno Stato federale e quindi di un popolo federale, invece inesistente. Dunque egli vede il passaggio ad un'Europa costituzionale non solo possibile, ma neppure auspicabile, perché dimostra che non è necessario sostituire la costituzione dell'Europa realizzata dai Trattati, con un modello qualitativamente diverso. Di parere contrario si dichiara Habermas, secondo il quale, parallelamente al processo costituzionale europeo, si va svolgendo un analogo processo di unione dei popoli e delle nazioni; l'integrazione economica sta realizzando un'unione della vita dei popoli europei, che si muove in una prospettiva federale.

¹³ I fondamenti di tale dibattito risalgono al primo dopoguerra ed alla fondazione dello Stato costituzionale tedesco. Cfr. l'opera di SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928) nella traduzione italiana a cura di CARACCIOLLO, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.

cesso sia rapporti specificamente costituzionali, che rapporti internazionali. Siamo qui in un quadro ben diverso da quello in cui si collocano gli Stati federali già esistenti (USA, Australia, Germania e Canada), nel quale, superato il livello dell'unione internazionale con la costruzione dello Stato federale, la fonte della Costituzione può agevolmente collocarsi nella volontà dei cittadini. Al contrario, nel caso europeo, da un lato non è realizzabile l'ipotesi dello Stato federale¹⁴, dall'altro non è ravvisabile un *demos*, il quale potrebbe tutt'al più sorgere come conseguenza dell'unione costituzionale; sono, quindi, gli Stati a decidere di dare un fondamento popolare all'unione e non viceversa.

Insomma, nell'attuale modello di Unione europea, il fondamento dell'unione costituzionale non può ricavarsi né appellandosi esclusivamente al diritto *costituzionale*, inidoneo a definire il fenomeno secondo i canoni tradizionali (per l'assenza sia di uno Stato federale, che di un *demos* europeo) né al diritto *internazionale*, perché gli Stati non sono più gli artefici esclusivi del processo di unione, nel momento in cui questa tende a rifondarsi come democratica.

In questo quadro ci si è posti allora l'interrogativo sulla possibilità di un'*autocostituzione* della nuova unione costituzionale¹⁵. Può – ci si è chiesti – un processo funzionale, sviluppato sulla base di accordi internazionali, dar vita ad un sistema autonomo, rispetto agli Stati firmatari? In altri termini, una volta che gli Stati si sono obbligati, con la firma del Trattato internazionale, a dare vita all'Unione costituzionale, può considerarsi come generato per *autocostituzione* un sistema originario ed autosufficiente?

Il problema del fondamento dell'Europa costituzionale è stato parzialmente risolto dai redattori stessi del Trattato che, modificando il primitivo titolo del Trattato, hanno fornito gli elementi per ricostruire il quadro dei rapporti tra fonte costituzionale e fonte internazionale. L'idea originaria, contenuta nella prima bozza, che s'intitolava *Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, considerava, in un'accezione puramente internazionalista, gli Stati come fondatori esclusivi dell'unione costituzionale. L'obiezione, posta dai costituzionalisti, eccepiva che gli Stati firmatari del Trattato non avevano la competenza di *istituire* una Costituzione, ma tutt'al più di fare propria una Costituzione già esi-

¹⁴ Sono stati gli stessi Stati membri a rendere esplicita la mancanza della volontà di costruire uno Stato federale. Il Ministro degli esteri tedesco Fischer, in un discorso tenuto alla Humboldt Universität, ha asserito che non è perseguibile la via dell'integrazione politica in un nuovo modello sopranazionale che dovrebbe sostituirsi agli Stati nazionali, ma solo quella del completamento del processo integrativo in un modello in cui si condivida la sovranità dell'Europa con quella degli Stati nazionali. Per il discorso del 20 maggio 2004, cfr. FISCHER, *Dalla confederazione alla federazione; riflessione sulla finalità dell'integrazione europea* (trad. italiana), in *L'unità europea XXVI*, 2000, n. 315. Dello stesso parere è anche il presidente francese Chirac, che nel discorso sulla Notre Europe, tenuto davanti al Bundestag nel giugno del 2000, ha affermato: né voi, né noi miriamo alla creazione di un Superstato europeo. Cfr. tale discorso nel sito www.Elysee.fr/disc/disc.htm.

¹⁵ V. in particolare, su tale prospettiva, FORLATI PICCHIO, *Il fondamento giuridico dell'Unione Europea: trattato o costituzione?*, in AA.VV., *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

stente come costituzione materiale, attribuendole piena legittimità formale mediante l'inserimento dei diritti fondamentali nel testo del Trattato.

Nel documento definitivo, i redattori hanno superato la primitiva elaborazione dei rapporti tra le fonti, variando il verbo che mette in relazione il Trattato con la costituzione, ossia sostituendo il verbo *istituire* con il verbo *adottare*. La modifica rivela una scelta significativa: *Trattato che adotta*, vuole dire che fa propria una entità già esistente come indipendente ed esterna, ed esprime quindi un concetto ben diverso, rispetto alla precedente formula *Trattato che istituisce*, ossia Trattato che dà vita alla fonte costituzionale, che è l'artefice di ciò che è istituito. La modifica produce il risultato di mettere in risalto l'autonomia del contenuto costituzionale, ridimensionando la fonte internazionale, la quale era invece valorizzata nella prima stesura. Nella nuova prospettiva, gli Stati si obbligano a riconoscere la base costituzionale dell'Unione; operano solo il *riconoscimento* ma non la *fondazione*.

La particolarità del fondamento dell'Unione, che non può collocarsi né in alto, in un potere superiore (perché non esiste un governo federale), né in basso (perché i cittadini dell'Unione non sono in grado di esprimere una volontà democratica unitaria), determina la nascita di un modello costituzionale del tutto atipico. Esso è generato da due diverse spinte tra loro complementari, perché, se è vero che la Costituzione europea è estranea al Trattato e viene da questo semplicemente adottata, è pur vero che non potrebbe giuridicamente nascere, senza il riconoscimento del Trattato che l'adotta. Quest'ultimo, espressione della volontà di Stati che ancora difendono la loro *diversità*, sia pure nell'*unità*, definisce nella nuova Unione, una comunità del tutto particolare, fondata su valori costituzionali comuni, a partire da quelli democratici.

In questa nuova prospettiva, poiché il modello costituzionale realizzato è l'unico possibile in un'Unione che resta per molti versi ancora internazionale, si è costretti necessariamente a superare la netta separazione, esistente precedentemente nella dommatica delle fonti, tra diritto internazionale e diritto costituzionale, associando le due diverse componenti giuridiche, egualmente indispensabili per la nascita del particolare soggetto giuridico rappresentato dall'Unione costituzionale.

5. L'Unione europea tra internazionalismo e costituzionalismo

Finora, dunque, il modello di Unione europea è stato costruito con le regole del diritto internazionale, ossia con una serie di Trattati istitutivi e modificativi, che hanno rispettato il principio dell'esistenza separata degli Stati e, pertanto, hanno prodotto solo gli effetti specificamente espressi dalla volontà sovrana dei contraenti. Con il Trattato che adotta la Costituzione europea, l'internazionalismo si trova a dover fare i conti con la nuova realtà costituzionale, che inaugura una fase sostanzialmente diversa dalla precedente.

Il nuovo documento giuridico, pur producendo modificazioni significative sia riguardo al quadro istituzionale, che riguardo all'impianto normativo¹⁶, non conclude il processo integrativo, dando vita ad un soggetto internazionale dalla forma compiuta e stabile; al contrario sembra allontanarsi questa prospettiva, nel momento in cui sono stati introdotti nell'Unione un numero così alto di Paesi, peraltro con sistemi economico-sociali e politici molto distanti dagli Stati europei occidentali. Per tale particolarità, la Costituzione europea adottata dal Trattato non può essere inquadrata nelle categorie tradizionali della nostra cultura giuridica, rispetto alle quali risulta anomala. Secondo il nostro schema culturale, cioè, la Costituzione, come esprime il termine stesso, dovrebbe *costituire* la base stabile ed inamovibile, su cui edificare l'Unione europea e, pertanto, dovrebbe concludere un processo dinamico in continua evoluzione; al contrario, il Trattato che adotta la Costituzione europea, applicandosi ad una formazione ancora *in fieri*, avvia un processo di *costituzionalizzazione* dell'Unione europea, nel senso che la Costituzione europea è costretta ad adeguarsi al processo d'integrazione ancora in atto ed a rendersi flessibile ai futuri cambiamenti.

La duplicità delle fonti ha richiesto anche la loro armonizzazione nel testo legislativo, che non poteva considerare come divisi e separati il contenuto costituzionale da quello internazionale, come semplice aggregazione di distinti processi. Tale configurazione si è voluta evitare modificando il criterio di numerazione, in modo che le quattro parti, di cui è composto il testo, non risultano quali documenti autonomi, ma parti di un documento unitario, in cui si fondono costituzionalismo ed internazionalismo. Se, quindi, nella prima stesura del Trattato, presentato al Consiglio europeo di Salonicco nel giugno 2003, le quattro parti avevano un'autonomia identità, con una distinta numerazione al loro interno, si è poi compiuto un primo passo in avanti, con un'intesa più aperta verso il riconoscimento della compattezza del testo costituzionale. Pur lasciando sopravvivere una parziale autonomia delle quattro distinte parti, in un primo tempo si è però adottata una soluzione di compromesso, numerando il testo con una doppia cifra, di cui la prima (numeri progressivi romani), corrispondeva alle quattro parti, mentre la seconda, (numerazione araba) seguiva la cifra romana riprendendo daccapo la numerazione, all'interno di ciascuna parte. Infine, nell'attuale numerazione il testo è considerato, ormai, come un *unicum* presentando una numerazione progressiva per entrambe le cifre, sia cioè per la cifra in carattere romano, che individua ciascuna delle quattro parti, sia, per la seconda cifra in carattere arabo, che si aggiunge all'interno di ciascuna parte, in maniera successiva per tutto il documento.

¹⁶ V. in tal senso TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 3, in cui si compie un'analisi delle innovazioni apportate all'apparato istituzionale dell'Unione, che consolida la propria struttura in occasione degli importanti cambiamenti in seno all'Unione.

Ma, pur apprezzando l'impegno del legislatore nel voler dare compattezza al testo riferito ad un'unione così complessa ed articolata, bisogna riconoscere che persistono ancora in essa aree di forte disomogeneità, relative non solo ai due diversi settori (internazionale – costituzionale), ma anche al campo esclusivamente *internazionale*, dove convivono settori in cui le *Comunità* realizzano una vera e propria integrazione, accanto a settori (in particolare politica estera, giustizia penale), in cui *l'Unione* non mira all'integrazione, ma ad una semplice cooperazione tra gli Stati membri. Nel campo delle politiche comunitarie, insomma, l'Unione ha realizzato vari livelli d'aggregazione corrispondenti a sfere di unione tra loro diverse: vi sono sezioni in cui si è raggiunto uno stadio di forte coesione (v. ad es. il campo dell'agricoltura, in cui l'Unione si è quasi sostituita alle amministrazioni nazionali), altre in cui l'Unione svolge un ruolo di medio rilievo (v. reti transeuropee, regole di concorrenza etc.), fino a stadi integrativi meno compatti, relativi a settori in cui gli Stati membri rivendicano un alto grado di autonomia e sono ancora restii a cedere la propria sovranità (v. la politica estera e di difesa comune, nonché la giustizia in materia penale). Del resto, lo stesso Trattato che adotta la Costituzione definisce in tre diversi ambiti le competenze dell'Unione: concorrenza esclusiva, competenza concorrente e competenza coordinata con le politiche economiche statali.

Ciò deriva dai limiti incontrati dal metodo funzionale che, dopo i primitivi traguardi raggiunti in materia di mercato comune, di avvicinamento delle politiche economiche e successivamente di unione economica e monetaria, considerava automatico il passaggio dall'integrazione economica a quella politica. Al contrario, i due campi di unione si sviluppano con due diversi metodi, che sono, per la loro natura stessa, inconciliabili. Si tratta di due linguaggi che si differenziano in maniera sostanziale: nel linguaggio dell'integrazione economica è possibile, infatti, ottenere risultati positivi, perché è sempre raggiungibile un compromesso, dal momento che l'accordo si fonda su elementi quantitativi, come tali numericamente divisibili. Ma, mentre attraverso il numero si può sempre trovare un punto limite intermedio, in cui si raggiunge l'accordo, mediante scambievoli concessioni, ciò non è possibile nella sfera dei principi o dei valori di natura ideologica o politica (la giustizia penale, la politica estera), che non si fondano su elementi divisibili, e conseguentemente vanno accettati o rinnegati *in toto*.

Certamente, nel cammino ancora lungo da percorrere, i diversi caratteri di omogeneità e di disomogeneità dovranno trovare la formula per coesistere e convivere in una Unione europea che ha scelto di essere *unita nella diversità*¹⁷.

Emilia Vigliar

¹⁷ Cfr. il motto riportato all'art. I-8 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

STATO DELLE PROCEDURE DI RATIFICA DEL TRATTATO CHE ADOTTA UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA*

Il 29 ottobre 2004, i Capi di Stato o di Governo dei 25 Stati membri e dei 3 Paesi candidati hanno firmato il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, che era stato adottato all'unanimità il 18 giugno 2004.

Il Trattato potrà entrare in vigore soltanto quando sarà stato adottato da ciascuno dei Paesi firmatari secondo le proprie procedure costituzionali: si tratta della ratifica da parte degli Stati membri. Secondo le tradizioni giuridiche e storiche dei vari Paesi, le procedure previste dalle Costituzioni in questo senso non sono identiche e comportano l'uno o l'altro dei due tipi di meccanismi seguenti, o addirittura entrambi:

- la via «parlamentare»: il testo è approvato in seguito al voto di un testo riguardante la ratifica di un Trattato internazionale dalla o dalle camere parlamentari dello Stato;

- la via «referendaria»: un *referendum* viene organizzato e sottoposto direttamente ai cittadini che si pronunciano a favore o contro il testo del Trattato.

Queste due formule possono conoscere varianti o combinazioni a seconda dei Paesi o di altre esigenze, ad esempio quando la ratifica del Trattato esige, a motivo del contenuto di questo testo, un adeguamento preventivo della Costituzione nazionale.

Una volta avvenuta la ratifica, ufficialmente notificata da tutti gli Stati firmatari (deposito degli strumenti di ratifica), il Trattato potrà entrare in vigore e prendere effetto in linea di massima, secondo quanto in esso stabilito, il 1° novembre 2006¹.

* Nelle pagine seguenti è riprodotta la relativa tabella, aggiornata al 1° aprile 2005. Tale tabella è disponibile sul sito internet http://europa.eu.int/constitution/ratification_fr.htm (*n.d.r.*).

¹ In http://europa.eu.int/constitution/referendum_it.htm.

Procédures prévues pour la ratification de la Constitution européenne

Les informations contenues dans ce tableau sont, dans plusieurs cas, susceptibles de modification. En particulier, certains Etats membres pourraient décider la tenue d'un référendum.

Etat membre	Procédure	Date prévue	Précédents référendums européens
Allemagne	Parlementaire (<i>Bundestag</i> et <i>Bundesrat</i>)	Approbation du <i>Bundestag</i> attendue le 12 mai. Ratification par le <i>Bundesrat</i> espérée pour juin 2005.	NON
Autriche	Parlementaire (<i>Nationalrat</i> et <i>Bundesrat</i>) Référendum exclu	Mai 2005	1994: adhésion
Belgique	Parlementaire (Chambre et Sénat + assemblées parlementaires des Communautés et Régions). Organisation d'une consultation populaire rejetée	Consultation populaire: Avis négatif du Conseil d'Etat (29 novembre 2004) + rejet proposition de loi à la Chambre (10 mars). Avant-projet de loi de ratification adopté par le gouvernement le 11 mars. Ratification attendue pour 2005	NON
Chypre	Parlementaire Référendum exclu	Premier débat à la Chambre (commission des Affaires européennes) le 4 février. Approbation par la Chambre attendue le 9 mai 2005	NON
Danemark	Référendum	27 Septembre 2005	1972: adhésion 1986: Acte unique 1992: Traité Maastricht (2 fois) 1998: Traité Amsterdam 2000: Euro
Espagne	Parlementaire (Congrès et Sénat) + référendum consultatif	Référendum du 20 février 2005: positif (76,7% de Oui) Taux participation: 42,3% Approbation parlementaire possible avant juin 2005	NON

Etat membre	Procédure	Date prévue	Précédents référendums européens
Estonie	Parlementaire Référendum peu probable	non déterminée	2003: adhésion
Finlande	Parlementaire	Proposition de loi de ratification sera déposée au Parlement en automne 2005. Ratification envisagée pour fin 2005-début 2006	Référendum consultatif: 1994: adhésion
France	Référendum	Projet de révision de la Constitution française (préalable nécessaire à la ratification) approuvé par le Congrès (Assemblée nationale + Sénat), le 28 février 2005 (730 votes favorables, 66 contre). Référendum: 29 mai 2005	1972: élargissement CEE 1992: traité Maastricht
Grèce	Parlementaire Mais référendum demandé par les partis de la Gauche	Vote du parlement attendu avant juin 2005. Premier débat en plénière prévu pour le 12 avril.	NON
Hongrie	Parlementaire	Traité approuvé par le parlement le 20 décembre 2004	2003: adhésion
Irlande	Parlementaire + Référendum	Premier débat en commission des affaires européennes du parlement le 9 février. La date du référendum ne sera annoncée qu'après une campagne d'information.	1972: adhésion 1987: Acte unique 1992: traité Maastricht 1998: Traité Amsterdam 2001 et 2002: traité Nice
Italie	Parlementaire (Chambre et Sénat)	Projet de loi approuvé par la Chambre le 25 janvier 2005. Approbation du Sénat attendue pour avril 2005 ²	Référendum consultatif: 1989: éventuel projet de Constitution

² Il 6 aprile 2005, con l'approvazione definitiva del Senato, l'Italia ha ratificato il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il Senato ha approvato con 217 voti a favore e 16 contrari (Lega Nord e Rifondazione comunista), *n.d.r.*

Etat membre	Procédure	Date prévue	Précédents référendums européens
Lettonie	Parlementaire	Examen par le Parlement depuis décembre 2004. Ratification possible début 2005	2003: adhésion
Lituanie	Parlementaire	Traité approuvé par le parlement le 11 novembre 2004	2003: adhésion
Luxembourg	Parlementaire + référendum consultatif	Référendum fixé au 10 juillet 2005	NON
Malte	Parlementaire Référendum exclu	Approbation parlementaire attendue pour Juillet 2005	2003: adhésion
Pays-Bas	Parlementaire (Première et deuxième Chambres) + référendum consultatif	Vote du Sénat en faveur de l'organisation d'un référendum consultatif: 25 janvier. Date du référendum: 1 juin 2005	NON
Pologne	Référendum probable Pas de décision formelle du parlement à ce stade sur la procédure à suivre	Un référendum pourrait avoir lieu le 25 septembre 2005, en même temps que les élections présidentielles	2003: adhésion
Portugal	Référendum	Peut-être le 2 ou le 9 octobre 2005, en même temps que les élections municipales	NON
République Tchèque	Pas encore de décision finale sur l'organisation d'un référendum proposée par le gouvernement	Date de l'éventuel référendum en discussion: Juin 2006 en même temps que les élections nationales ou courant 2005	2003: adhésion
Royaume-Uni	Parlementaire (<i>House of Commons</i> et <i>House of Lords</i>) + référendum consultatif	Projet de Loi approuvé en seconde lecture par la <i>House of Commons</i> le 9 février Ratification attendue pour début 2006	1975: appartenance CE
Slovénie	Parlementaire	Traité approuvé par le Parlement le 1 février 2005	2003: adhésion
Slovaquie	Parlementaire Possibilité de référendum a été exclue	Vote du Parlement en Mai 2005	2003: adhésion
Suède	Parlementaire Pas de référendum envisagé à ce stade	Présentation au parlement prévue pour l'été 2005. Le vote final pourrait avoir lieu en décembre 2005	Référendums consultatifs: 1994: adhésion 2003: Euro

NOTIZIE SULLA RATIFICA DELLA COSTITUZIONE³**Belgio: no al referendum per la ratifica**

Bruxelles, 11 marzo – Il Belgio accantona definitivamente la possibilità di convocare un *referendum* per la ratifica della Costituzione europea. La proposta era sostenuta dal primo ministro Guy Verhofstadt, dai liberali, dagli ecologisti e dalla destra, ma non dai socialisti ed i cristiano-democratici, due dei maggiori partiti del Paese. Per convocare il *referendum* era necessaria una deroga alla Costituzione nazionale e la proposta doveva raccogliere i due terzi dei suffragi del Parlamento. Il risultato è stato, invece, di 73 voti a favore e 62 contro, per cui il progetto viene definitivamente accantonato e toccherà al congresso federale votare sulla ratifica, probabilmente entro il primo semestre dell'anno.

Portogallo: referendum entro dicembre 2005

Lisbona, 12 marzo – Il nuovo *premier* socialista José Sócrates ha annunciato che farà del tutto per organizzare il *referendum* sulla Costituzione europea entro il dicembre 2005. Sócrates, nel corso della cerimonia di investitura del suo Governo, ha aggiunto che si impegnerà in una revisione della Costituzione portoghese che, attualmente, non permette di organizzare un *referendum* diretto sull'approvazione di un Trattato internazionale.

Ratifica in Germania probabilmente il 12 maggio, prima del referendum francese secondo una deputata del SPD

Berlino, 8 marzo – Il *Bundestag*, la Camera bassa del Parlamento tedesco, ratificherà la Costituzione europea probabilmente il 12 maggio prossimo, secondo quanto affermato dalla deputata socialdemocratica Angelica Schwall-Dueren, vice capogruppo Spd al *Bundestag*.

In dichiarazioni riportate oggi dal Quotidiano *Berliner Zeitung*, la deputata ha detto che i Parlamentari tedeschi intendono portare a termine il processo di ratifica prima del *referendum* francese sulla costituzione, in programma per il 29 maggio.

L'obiettivo, ha osservato Angelica Schwall-Dueren, sarebbe anche quello di sostenere con un voto positivo in Germania coloro che in Francia sono a favore del testo di nuova Costituzione Ue.

In Germania, come in Italia e altri Paesi dell'Unione, non è previsto un *referendum* sulla Costituzione Ue, che viene ratificata invece per via parlamentare.

Essa dovrà essere approvata con la maggioranza dei due terzi sia al *Bundestag* che al *Bundesrat*, la Camera alta delle Regioni.

Francia, sì da parte dell'UMP, mentre cresce il no. In campo il partito di Sarkozy

Parigi, 6 marzo – Dopo il Sì "di sinistra" dei socialisti al *referendum* sulla Costituzione europea scende in campo quello del centrodestra: "l'Europa merita un Sì".

Oggi l'Ump, il partito di Nicolas Sarkozy e di Jacques Chirac, ha aperto la sua campagna per un Sì "franco e massiccio". Ma il Sì, nonostante i pronunciamenti dei due più grandi partiti, perde continuamente punti nei sondaggi, anche se resta favorito.

Secondo l'ultimo, pubblicato oggi dal *Journal du Dimanche*, il Sì è al 58%, ma perde 3 punti, rispetto all'inizio di febbraio. Il No è al 42%, ma è in crescita di 3 punti.

Al Consiglio nazionale dell'Ump Sarkozy ha presentato una mozione, votata dal 90,8% dei suoi membri, che era stata in precedenza vistata dai padri "nobili" dello schieramento gollista: Jacques Chirac, Jean-Pierre Raffarin, Alain Juppé, Valéry Giscard

³ A completamento delle informazioni sopra riportate sullo stato delle procedure di ratifica, la *Redazione* ha ritenuto opportuno riportare altre notizie, aggiornate al 24 marzo 2005, tratte dal sito internet http://www.europarl.it/costituzione/ratifiche/punto_costituzione.asp.

d'Estaing e Edouard Balladur. L'Ump si impegna «con tutte le sue forze, senza ambiguità e senza riserve affinché i francesi dicano Sì all'Unione europea».

È un'Europa – secondo l'Ump – che deve lavorare, in particolare, sul piano della concorrenza economica, della lotta all'immigrazione clandestina e dei giovani «attraverso un patto europeo per la gioventù». Nella mozione è anche contenuto – per volontà di Sarkozy – un riferimento all'adesione della Turchia all'Ue, una questione delicata che sta dividendo il partito. Chirac è per l'adesione, l'Ump parla, nel testo approvato oggi, solo di un «partenariato privilegiato».

Una iniziativa tutta di Sarkozy, quella di parlare oggi della Turchia, visto che Chirac e Raffarin ripetono continuamente che le due questioni – Costituzione europea e adesione della Turchia all'Ue – non sono collegate.

È un sostenitore del No, come il presidente del Movimento per la Francia, Philippe de Villiers, fa subito notare che «il Sì ufficiale di Sarkozy è in realtà un No ufficioso. Dico questo – ha aggiunto – perché me l'ha detto». La campagna per il *referendum* – si voterà il 29 maggio – si apre in una settimana segnata da manifestazioni e scioperi in Francia.

In Grecia, il PASOK insiste sul *referendum*

Atene, 6 marzo – Il Partito socialista greco – Pasok, all'opposizione – ha espresso il suo sostegno alla Costituzione europea chiedendo però il *referendum* per ratificarla.

Al termine della tre giorni del 7° congresso il Pasok esprime in una risoluzione «il suo sostegno alla Costituzione europea, quale passo determinante per una Europa democratica, politicamente forte e giusta, che metta il cittadino europeo al centro» della sua politica.

«Il Congresso», continua la risoluzione, «chiede un *referendum* in Grecia per la ratifica della Costituzione», per «soddisfare la richiesta dei cittadini di essere informati» sull'avvenire della Grecia nell'Ue.

Il Governo di Atene ha deciso di ratificare la *Magna Charta* europea per via parlamentare.

Costituzione europea: in Francia *referendum* il 29 maggio

Parigi, 4 marzo – L'Eliseo ha annunciato in una nota la fissazione della data per il *referendum* sulla Costituzione europea dopo che il Presidente Jacques Chirac aveva terminato ieri sera gli incontri con i rappresentanti dei partiti politici e dei movimenti rappresentati in Parlamento.

Chirac aveva scelto la data del 14 luglio dello scorso anno per annunciare la sua decisione solitaria di sottoporre al parere popolare il nuovo Trattato costituzionale dell'Unione adottato il 18 giugno scorso a Bruxelles dai 25 Paesi membri.

In autunno dopo la firma a Roma della Costituzione europea era poi partito il complesso *iter* legato alle modifiche della Costituzione francese suggerite dal Consiglio costituzionale in vista dell'adozione del Trattato. Contemporaneamente, il sì o il no al Trattato era diventato un tema anche fortemente politico, soprattutto dopo la decisione dell'Unione di avviare il confronto con la Turchia in vista di una sua possibile adesione.

L'Europa è diventata così il nodo politico centrale di questi primi mesi dell'anno in Francia, nodo che ora sarà sciolto il 29 maggio con il *referendum*. La decisione di Chirac è stata rapida; lunedì scorso il Congresso – formato da Assemblea nazionale e Senato riuniti in sessione congiunta – aveva ratificato le decisioni che le due Camere avevano già adottato separatamente.

E dopo le consultazioni, ora il presidente ha annunciato la sua scelta. «Prima dell'estate», aveva detto alcuni mesi fa. La promessa è stata mantenuta, garantendo comunque un margine di tempo sufficiente ai partiti per una campagna che non si presenta facile e che comunque ha larghi margini ancora di incertezza per quanto riguarda il risultato.

Austria: a maggio ratifica della Costituzione in Parlamento

Vienna, 2 marzo – La nuova Costituzione europea in Austria sarà ratificata dal Parlamento e non da un voto popolare: i deputati austriaci hanno approvato oggi a Vienna coi voti della maggioranza di centrodestra la nuova legge che fissa a maggio prossimo la votazione sulla Costituzione europea. Il Trattato costituzionale europeo dovrà essere approvato dalle due Camere austriache a maggioranza qualificata, cioè con due terzi dei voti. La data non è ancora fissata, ma non dovrebbero esserci sorprese nell'approvazione in quanto anche l'opposizione socialdemocratica e verde è favorevole al testo. Il cancelliere austriaco, Wolfgang Schuessel (Oevp, Popolari) ha lodato la Costituzione europea ma ha espresso oggi rincrescimento per l'impossibilità di un *referendum* popolare comune in tutti e 25 gli Stati dell'Unione europea. Allo stesso tempo ha però rifiutato una consultazione separata in Austria.

Zapatero e Raffarin fanno un appello a tutti gli europei e chiedono il sì dei francesi

Parigi, 1° marzo – Il Capo del Governo spagnolo José Luis Rodríguez Zapatero e il Premier francese Jaean-Pierre Raffarin chiedono agli Europei, e in particolare ai Francesi, di votare sì al *referendum* sulla Costituzione europea.

Lo rende noto un comunicato emesso stasera dall'Ufficio stampa del Primo ministro francese.

Zapatero dopo aver visitato l'Assemblea nazionale (Parlamento), è stato ospite a Palazzo Matignon (Sede del Governo) per una cena con Raffarin.

Dopo aver espresso soddisfazione per la vittoria del sì al *referendum* del 20 febbraio in Spagna, i due *premier* «hanno rivolto un appello a tutti gli Europei che verranno consultati con il *referendum*, e in particolare a tutti i Francesi, affinché votino sì alla Costituzione».

Zapatero e Raffarin hanno anche espresso la loro «fiducia sul futuro dell'Unione Europea e sull'adozione» della Costituzione.

E hanno sottolineato la «loro determinazione a proseguire e approfondire la cooperazione esemplare in Europa che i due Governi portano avanti insieme sul terreno della lotta al terrorismo».

Danimarca: a settembre il referendum

Bruxelles, 28 febbraio – I principali Partiti danesi hanno deciso di rompere il ghiaccio e di fissare per il 27 settembre il *referendum* sulla ratifica della Costituzione europea. L'annuncio è stato fatto oggi dal Primo ministro Anders Fogh Rasmussen dopo una riunione dei partiti di Governo – liberale e conservatore – con Socialdemocratici, radicali e socialisti popolari, che costituiscono i maggiori gruppi di opposizione. La Danimarca è tra i Paesi dove il sì al Trattato costituzionale non è scontato. Il Paese ha già tenuto sei *referendum* su temi europei e dagli elettori sono venute alcune bocciature clamorose, per esempio sul Trattato di Maastricht e sull'adozione dell'euro.

L'accordo odierno segue il compromesso raggiunto in novembre dai cinque partiti di battersi a favore della ratifica della Costituzione europea. Per fissare la data, peraltro, i dirigenti dei maggiori partiti hanno deciso di aspettare l'esito delle elezioni legislative dell'8 febbraio e del primo *referendum* europeo svoltosi in Spagna. Il Governo danese ed i partiti che appoggiano la ratifica hanno anche studiato il calendario per cercare di evitare di fissare la data del voto dopo un responso negativo da parte di altri elettori europei. L'attenzione era rivolta soprattutto alla Gran Bretagna – considerata capace di influenzare fortemente gli elettori della Danimarca – ed anche alla Francia.

Le ultime elezioni politiche hanno premiato soprattutto i gruppi che, come il Partito popolare – di destra – sostengono una politica rigida di immigrazione ed ha posizioni euroscettiche. Con i Popolari sono schierati per il no al Trattato, firmato a Roma nell'otto-

bre scorso, l'estrema sinistra rappresentata nel Paese dalla Lista Unitaria, ma anche i democratici cristiani.

Ha invece cambiato posizione – schierandosi per il sì – il Partito socialista del popolo al quale gli altri quattro che hanno sottoscritto l'impegno a sostenere il voto favorevole, hanno dovuto assicurare che la Danimarca avrà potere di veto in materia di questioni sociali, mercato del lavoro e fisco. L'intesa raggiunta oggi è considerata un importante passo in avanti, ma non garantisce ancora un risultato positivo perché non tutti gli elettori, probabilmente, seguiranno le indicazioni dei loro partiti su un tema molto delicato.

I danesi vogliono essere sicuri che un rafforzamento dell'Ue non intacchi un sistema sociale molto avanzato e non allenti troppo le maglie – attualmente tra le più rigide dei Paesi dell'Unione – per quanto concerne l'immigrazione. Davanti ci sono sette mesi per cercare di convincere gli elettori in una percentuale sufficiente a sventare il rischio di un nuovo no, dopo quelli del giugno 1992 sul Trattato di Maastricht e del settembre 2000 sull'adozione dell'Euro. Se il Paese avesse optato per la ratifica parlamentare, i cinque partiti protagonisti dell'accordo di oggi avrebbero una maggioranza assai ampia ed il verdetto sarebbe ampiamente scontato. Il *referendum*, invece, comporta alcuni rischi, anche se l'intesa ora raggiunta è ritenuta una buona base per sconfiggere gli euroscettici.

Francia: Revisione della Costituzione nazionale; Chirac deciderà la data per il referendum sulla Costituzione europea

Parigi, 28 febbraio – Il Congresso francese – le due Camere riunite – ha approvato definitivamente la revisione della Costituzione nazionale, passo necessario allo svolgimento del *referendum* per la ratifica della Costituzione europea. A favore hanno votato 730 parlamentari, contro 66. Il vero interrogativo era e resta quello della data del *referendum* per la ratifica francese della Costituzione europea. L'esito del voto al Congresso sulle modifiche alla Costituzione nazionale per poter accogliere quella europea era infatti scontato.

Le due Camere francesi, riunite in Congresso a Versailles, hanno detto sì a larghissima maggioranza a quelle modifiche, la più importante delle quali non riguarda l'oggi ma il domani: cioè le prossime adesioni all'Unione Europea, non quelle già in scadenza come Romania, Bulgaria e Croazia, ma quella della Turchia. Una questione, quella dell'ingresso di Ankara in Europa, che divide i due principali partiti, l'UMP e il Partito Socialista.

Così ora tocca al Capo dello Stato Jacques Chirac fissare la data del *referendum*. Il Presidente ha voluto accelerare tutte le procedure per far votare in maggio, preoccupato della crescita del no nei sondaggi, ed oggi, dopo aver salutato il voto del Congresso, ha fatto sapere che da domani a giovedì riceverà i rappresentanti dei partiti per definire organizzazione e data della consultazione popolare. Una campagna che dovrà essere condotta – ha detto Chirac – «in uno spirito di dialogo e di responsabilità». E una prova di dialogo e di confronto rispettoso fra le varie formazioni politiche – quasi tutte schierate per il sì – si è avuta oggi al Congresso. Aperto dal *premier* Jean-Pierre Raffarin, con l'invito a non perdere «questo appuntamento con la Storia», il dibattito è scivolato via senza tensioni.

La parlamentare dell'Udf, Anne-Marie Comparini, ha affermato che il Trattato europeo «ci fa avanzare verso uno spazio sociale comune», mentre il senatore dell'Ump, Hubert Haenel, ha sottolineato «la sintesi fra valori sociali e liberali».

Per i parlamentari di destra, come per quelli di sinistra, la Costituzione europea porta «più democrazia». Il senatore socialista Jean-Pierre Bel ha osservato che il Trattato «rafforza la democrazia in seno all'Unione europea». Ma i Socialisti hanno voluto porre un proprio accento politico sulla questione. L'ex Ministro Jack Lang ha ricordato che il sì dei socialisti è «un sì di battaglia per la democrazia, per il progresso sociale, per i giovani». Contrari, decisamente, i Comunisti. La senatrice parigina, Nicole Borvo, ha parlato del le-

game fra la Carta europea e «l'Europa ultraliberale», mentre la Segretaria del partito, Marie-George Buffet, ha lanciato la campagna per il no, per «dare un senso all'Europa che ha perso la sua strada». Contrari, ma si sono astenuti, i socialisti di Laurent Fabius.

Le modifiche alla Costituzione nazionale sono state così approvate da 730 parlamentari, 66 sono stati i contrari e 96 gli astenuti. Il Congresso ha approvato inoltre la Carta per l'ambiente, che inserisce nella Costituzione diritti e doveri fondamentali in materia ambientale, ma soprattutto introduce il «principio di precauzione» quale responsabilità dei politici nei loro ambiti di competenza. Quando l'attuazione di qualcosa di dannoso «anche incerto a livello di conoscenze scientifiche, potrebbe colpire in modo grave ed irreversibile l'ambiente» – recita la Carta – le autorità pubbliche provvedano, «in applicazione del principio di precauzione e nelle loro aree di attribuzione», alla messa in opera «delle procedure di valutazione dei rischi e all'adozione delle misure provvisorie e proporzionali per far fronte all'attuazione del danno». La Carta per l'ambiente è stata approvata con 531 voti favorevoli, 23 contrari e 111 astensioni. Hanno votato sì i parlamentari del centro destra (Ump e Udf) e i Verdi. I comunisti si sono astenuti e i socialisti non hanno partecipato alla votazione.

Germania: Testo Costituzione a esame *Bundestag*

Voto previsto entro l'estate, necessario *quorum* dei due terzi

Berlino, 24 febbraio – Il *Bundestag*, la Camera bassa del Parlamento tedesco, ha cominciato oggi l'esame del testo della Costituzione europea in vista del voto di ratifica previsto entro la pausa estiva. Nei giorni scorsi la Costituzione europea era stata già oggetto di un primo esame del *Bundesrat*, la Camera alta delle Regioni. In Germania, al pari dell'Italia e di altri Paesi dell'Unione, la ratifica della Costituzione europea avviene per via parlamentare. Per la sua approvazione è necessario il voto positivo delle due Camere con la maggioranza dei due terzi. In sostanza, maggioranza rossoverde (Spd e Verdi) e opposizione conservatrice (Cdu-Csu e liberali Fdp) sono d'accordo sui contenuti della nuova Costituzione. L'opposizione tuttavia auspica per il Parlamento una maggiore possibilità di far sentire la sua voce nelle decisioni comunitarie.

Olanda, referendum il primo giugno

Bruxelles, 23 febbraio – Il referendum in Olanda per la ratifica della nuova Costituzione europea si terrà il 1° giugno: lo hanno reso noto oggi gli organizzatori del voto. I Paesi Bassi è uno dei dieci Stati Membri che per la ratifica del Trattato costituzionale hanno scelto il referendum.

Spagna, finito spoglio schede, 76,73% di sì

Madrid, 21 febbraio – Con il 100% delle schede scrutinate, il "sì" ha avuto il 76,73% (10.804.464) dei voti contro il 17,24% (2.428.409) di "no" al referendum in Spagna sul Trattato costituzionale europeo. Le schede bianche sono state il 6,03% (849.093). La partecipazione è stata del 42,32% (14.204.663 sui 34.692.278 aventi diritto al voto). Risultati ufficiali.

UE: Costituzione; Spagna, applausi UE ma scontro in casa

Duro scambio accuse fra socialisti e popolari su astensione

Madrid, 21 febbraio – Il premier spagnolo José Luis Rodríguez Zapatero, presentatosi ieri come il grande trionfatore del referendum sulla costituzione Ue, ha raccolto i calorosi ringraziamenti dei principali leader europei ma gli strascichi del voto e soprattutto le polemiche sulla bassa partecipazione stanno rendendo ancor più tesi i rapporti con il principale partito di opposizione, il Pp.

A cominciare dal Presidente della Commissione europea, Manuel Durão Barroso, al Presidente francese Jacques Chirac al Cancelliere tedesco Gerhard Schroeder sino alle principali formazioni politiche europee, dal Pse al Ppe, tutti hanno fatto eco alle parole con cui Zapatero ieri aveva chiesto agli altri Paesi dell'Ue di «seguire il cammino aperto dagli spagnoli» ed hanno espresso soddisfazione e complimenti.

Soddisfazione e complimenti per una schiacciante maggioranza di sì (76,7%) che hanno travolto i no (17,2%) aprendo, si spera, la strada alle altre ratifiche, dopo che per un po' si era temuto che il primo *referendum* continentale, appunto quello spagnolo finisse in una disastrosa astensione. L'astensione c'è stata, e forte, ma hanno votato più cittadini di quanto ci si aspettasse, il 42,3%, quasi quanto nelle europee del giugno 2004 (45,1%), e questo ha permesso oggi al quotidiano *El Mundo* di titolare controcorrente rispetto ai *leader* popolari cui è vicino e che hanno definito «un fallimento» la «bassissima affluenza, la più bassa della storia democratica spagnola».

El Mundo parla infatti in prima, quasi in parallelo col quotidiano socialista *El Pais*, di «chiara vittoria del Sì alla costituzione, con una partecipazione bassa però accettabile». Ma non mancano titoli più critici. *El Periodico* apre in prima col titolo «Sì, però», sottolineando che «l'astensione svaluta il chiaro trionfo del voto positivo», mentre *la Razon* e *Abc* escono rispettivamente con «Zapatero soffre la maggiore astensione della storia democratica» e «un'astensione senza precedenti appanna il Sì spagnolo all'Europa».

Per *La Vanguardia* «chiaro sì alla costituzione malgrado una astensione record». E tutti i giornali, insieme agli osservatori politici, rilevano come il Paese Basco abbia registrato il doppio dei "no" nazionali al Trattato con oltre il 33%, seguito da Catalogna e Navarra. Per il quotidiano basco *Gara* «la grande maggioranza di Euskal Herria ha voltato le spalle al Trattato» malgrado la principale formazione, il Partito nazionale basco (Pnv) del *premier* regionale Juan Jose Ibarretxe si fosse espresso per l'approvazione. E lo stesso Ibarretxe commenta sottolineando che bisogna trarre insegnamento da come sono andate le cose.

Ma interrogativi e polemiche si sono ulteriormente intensificate oggi soprattutto tra Psoe e Pp che si accusano a vicenda di manipolare la realtà per proprio beneficio. Il *leader* del Pp, Mariano Rajoy, che con le sue critiche a Zapatero subito dopo il voto aveva di fatto lasciato il *premier* da solo a godere del trionfo di una consultazione controversa ma dal risultato chiarissimo, ha oggi affermato che «gli spagnoli non hanno appoggiato nessun progetto personale del signor Zapatero» ma la volontà della Spagna.

Rajoy ha detto che «pretendere di attribuirsi ciò che neppure è stato un risultato brillante, è mancanza di modestia e voglia di equivocare le cose». Secondo Rajoy il *leader* socialista ha voluto essere «il primo in Europa e un modello per gli altri ma in realtà non siamo un modello per nessuno». Ed ha concluso affermando che senza l'appoggio del Pp il risultato del *referendum* non sarebbe stato lo stesso. Il segretario organizzativo del Psoe, Jose Blanco ha da parte sua accusato il Pp di «parlare di fallimento per attaccare il Governo». E dice al Presidente Rajoy e al segretario generale dei popolari Angel Acebes che quando parlano di «fallimento» dovrebbero ricordarsi di aver «portato all'opposizione un partito che aveva la maggioranza assoluta». «Quella sì che è stata una storia di successo!». Secondo Blanco inoltre il Pp dovrebbe tacere considerando che il ricordo dei "No" è stato registrato in suo feudo elettorale a Madrid col 37%. Ed ha quindi accusato senza mezzi termini il Pp di doppio gioco per aver sostenuto ufficialmente il Sì ma fomentando in realtà il No e l'astensione. L'esecutivo del Psoe, nel valutare oggi i risultati ha definito «ragionevole, date le circostanze» l'affluenza e «un successo per il Governo spagnolo e per la Spagna» il voto di ieri che «rafforza la posizione del Paese in Europa».

Regno Unito: il referendum consultivo sulla Costituzione UE nel 2006

Londra, 9 febbraio – Il popolo britannico si pronuncerà sulla ratifica della Costituzione

europea nel 2006 con un *referendum* consultivo. Questa deliberazione, presa dalla Camera dei Comuni a larga maggioranza, era stata auspicata dal Governo inglese. I risultati del *referendum*, benché non vincolante, peseranno sulla decisione definitiva che verrà successivamente presa dalla Camera dei Comuni. Per il Segretario del *Foreign Office* Jack Straw, non ratificare la Costituzione europea significherebbe venire isolati dal resto dell'Europa ed essere costretti a rinegoziare il proprio accesso all'UE da una posizione di debolezza.

La Slovenia ratifica la Costituzione europea

Lubiana, 1° febbraio – Il Parlamento slovacco ha ratificato a larga maggioranza la Costituzione europea. Una celere e convinta ratifica era stata auspicata dal *premier* Janez Jansa, che aveva sottolineato come un simile atto avrebbe permesso alla Slovenia di assumersi «una grande responsabilità verso l'avvenire comune europeo». La Slovenia è entrata a far parte dall'Unione Europea nel maggio dell'anno scorso.

Francia: si avvia l'iter legislativo

Parigi, 1° febbraio – L'Assemblea Nazionale ha approvato a larghissima maggioranza un progetto di legge di revisione costituzionale che permette alla Francia di ratificare la Costituzione europea. Ora l'*iter* prevede che il progetto di legge sia sottoposto al vaglio del Senato e successivamente alla approvazione definitiva del Parlamento in seduta comune. A giugno, è previsto il *referendum* che dovrebbe sancire la ratifica definitiva della Costituzione europea.

Italia: primo sì alla Camera

Roma, 25 gennaio – La Camera dei Deputati ha approvato la ratifica alla Costituzione europea con 436 voti favorevoli, 28 contrari e 5 astenuti. Solo La Lega e Rifondazione Comunista si sono pronunciati a sfavore della ratifica, mentre i Verdi hanno deciso di astenersi. Ora il testo passa al Senato, per la sua approvazione definitiva⁴.

Lituania: primo Paese a ratificare la Costituzione (ancor prima del Parlamento europeo)

Il PE non sarà in definitiva il primo Parlamento a ratificare il Trattato costituzionale: la Lituania è stata la prima fra tutti gli Stati membri. L'11 novembre, il Parlamento di questo Paese baltico ha votato a favore della Costituzione con 84 voti favorevoli e solo 4 contrari. Il voto al PE avrà luogo il 15 dicembre.

«Il Parlamento ha lanciato il processo d'integrazione della Lituania e l'ha concluso con una decisione storica» ha dichiarato il Presidente Valdas Adamkus, che deve ora firmare la ratifica. Egidijus Klumbys, membro del Partito nazionalista lituano è stato invece meno entusiasta ed ha definito il voto: «i funerali dell'indipendenza lituana».

Il deputato lituano Justas Paleckis ha precisato: «l'intenzione del Seimas (il Parlamento lituano) di fare di questa ratifica un evento internazionale è pienamente comprensibile. È un peccato tuttavia che in Lituania la ratifica non sia divenuta un momento d'importanza nazionale».

(Omissis)

⁴ Il 6 aprile 2005, con l'approvazione definitiva del Senato, l'Italia ha ratificato il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il Senato ha approvato con 217 voti a favore e 16 contrari (Lega Nord e Rifondazione comunista), *n.d.r.*

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

CONFESSIONI RELIGIOSE ED INTEGRAZIONE EUROPEA TRA PLURALISMO E MULTICULTURALISMO*

Sommario: **I.** *L'Unione europea: le realizzazioni ottenute e le prospettive di sviluppo del sistema adottato* - **II.** *L'impatto esercitato dalla religione sul processo di integrazione in Europa. Conseguenze e rischi ipotizzabili* - **1.** *L'impatto esercitato dalla religione sul processo decisionale europeo* - **2.** *L'impatto della religione sul processo di integrazione europea* - **3.** *Valutazioni critiche* - **III.** *Conclusioni.*

Il processo di integrazione giuridico-politica e socio-economica tra i Paesi europei, nel caso di adesione all'Unione europea di nuovi Stati con popolazioni di religione non cristiana, incontrerà nuovi problemi che è assolutamente necessario fin da ora affrontare e studiare in modo approfondito per non correre il rischio di veder pregiudicati, in un futuro non lontano, gli eccezionali risultati che le Comunità europee e l'Unione europea hanno consentito di realizzare.

I. L'Unione europea: le realizzazioni ottenute e le prospettive di sviluppo del sistema adottato

Per sintetizzare in poche battute gli straordinari risultati che le Comunità europee e l'Unione europea hanno realizzato nei cinquant'anni della loro storia, è sufficiente ricordare l'eliminazione dei conflitti armati all'interno dell'Europa e l'assoggettamento a regole comuni, giuridicamente vincolanti, di tutti i Paesi europei che, liberamente e volontariamente, hanno aderito all'Unione europea.

* Sintesi del Progetto di ricerca elaborato per il CISDCE di Milano (Centro internazionale di studi e documentazione sulle Comunità europee).

I tentativi più volte effettuati nel corso dei secoli di unificare l'Europa con la forza delle armi sono falliti ed hanno soltanto provocato milioni di morti e immani sofferenze per le popolazioni.

Con le Comunità europee e con l'Unione europea è stato al contrario possibile, senza sparare un colpo e sulla base di normali Trattati internazionali, far cooperare intensamente e proficuamente fra loro dapprima i sei Stati della piccola Europa e in seguito la quasi totalità dei Paesi europei.

E mentre nel passato i Paesi minacciati da tentativi di conquista difendevano con le armi la loro indipendenza e la loro sovranità, oggi assistiamo al fenomeno inverso. Sono infatti i Paesi limitrofi non aderenti all'Unione europea che premono per entrarvi, mentre è l'Unione che cerca di rallentare i tempi di adesione.

È questo il segno di un innegabile successo che trova il suo fondamento in una verità profonda di natura psicologica. I rapporti tra le nazioni (come, d'altronde, anche quelli tra gli esseri umani) possono sorprendentemente migliorare e produrre frutti imprevedibili, se vengono regolati da meccanismi adeguati che, limitando o addirittura neutralizzando l'aggressività dovuta a motivazioni o a reazioni ideologiche od emotive, riescono a far prevalere soluzioni negoziate governate dalla ragione.

È quanto ha intuito Goethe quando ha messo in bocca a *Faust*, nella prima parte del suo capolavoro (versi nn. 1198, 1199) la celebre sentenza: «La ragione ricomincia a parlare e la speranza ricomincia a fiorire» (*Vernunft fängt wieder an zu sprechen und Hoffnung wieder an zu blühen*).

I meccanismi che hanno consentito di realizzare i risultati straordinari appena riferiti, nati da un'intuizione geniale dei Padri fondatori dell'Europa e perfezionati attraverso gli anni grazie ad una verifica sistematica guidata dall'esperienza, sono riusciti a neutralizzare l'aggressività degli Stati, ridimensionando fin dagli inizi lo stimolo preminente in grado di scatenarla.

Fin dagli inizi è stata infatti resa possibile l'applicazione di un sistema istituzionale che, a differenza di quello praticato nelle democrazie rappresentative di tipo tradizionale, non ne fa dipendere il funzionamento dall'alternanza del potere, vale a dire dalla conquista del potere politico da parte di una nuova maggioranza che, sconfiggendo la parte avversa, è in grado di far cadere il governo da quest'ultima in precedenza formato e sostenuto.

Come abbiamo già in altra sede chiarito, nell'Unione europea non c'è un governo da far cadere come non c'è una maggioranza da sconfiggere¹.

Poiché il Consiglio dei ministri dell'Unione europea, in rappresentanza degli Stati membri, e il Parlamento europeo, in rappresentanza dei popoli (e dei partiti) europei, detengono congiuntamente il potere legislativo, essi sono co-

¹ V. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

stretti dal sistema istituzionale esistente ad andare alla ricerca degli strumenti più adeguati per risolvere in modo ragionevole problemi concreti, senza necessità di impiegare la loro aggressività in stucchevoli e spesso squallidi giochi politici unicamente orientati alla conquista o alla conservazione del potere.

E l'esperienza ha ripetutamente confermato, come lo dimostrano gli importanti risultati raggiunti, che il sistema funziona e che può continuare a funzionare producendo risultati ancora più validi ed efficaci.

Le modifiche, che sono state introdotte con il recente Trattato costituzionale, consentiranno infatti all'Unione europea di progredire ulteriormente nella direzione finora seguita, rendendola un solido parametro di riferimento e un potente polo di attrazione per gli Stati collocati ai suoi confini.

In effetti, la forza di attrazione esercitata dall'Unione europea sui Paesi europei e non europei posti ai suoi confini è di grande efficacia e può avere un impatto enorme.

Poiché è stata in grado di diffondere pace e benessere al proprio interno e di instaurare rapporti di civile convivenza, basati sul vantaggio reciproco, con i Paesi che non ne fanno parte, l'Unione europea si è trasformata in una Confederazione di Stati del tutto originale alla quale si guarda da tempo con interesse e con fiducia.

Quando uno Stato presenta la propria candidatura all'adesione, immediatamente si mette in moto un circolo virtuoso che coinvolge non solo le istituzioni di tale Stato ma anche la sua popolazione, che si dimostra disposta ad accettare rilevanti sacrifici per essere in grado di rispettare tutte le condizioni politiche, economiche e sociali che l'adesione comporta. Si potrebbe quasi parlare di un processo di "esportazione di democrazia" *ante litteram*, che avviene senza necessità di trapiantare anticipatamente in altri Stati strutture democratiche preconfezionate. L'Unione europea riesce infatti a portare le istituzioni e le popolazioni di altri Stati, specie di quelli candidati all'adesione, ad operare secondo i principi della democrazia, nel rispetto di quei parametri applicabili tanto nelle materie giuridico-politiche quanto in quelle economico-sociali che sono stati alla base del successo dell'esperienza europea.

L'Unione europea è diventata quindi un'organizzazione politico-istituzionale assolutamente nuova che, esercitando un'efficace forza di attrazione su altri Stati, contribuisce a diffondere gradatamente i principi della democrazia e della convivenza civile tra i popoli.

Il compito di diffondere i principi della democrazia e della convivenza civile è certo importante ed affiora nella recente proposta di creare *ex novo* una "Comunità delle democrazie" che dovrebbe, nella mente di alcuni, consentire di realizzare gli obiettivi che l'Organizzazione delle Nazioni Unite, nella quale gli Stati non democratici abbondano, non è in grado di raggiungere.

È una proposta indubbiamente difficile da realizzare che incontrerà ostacoli perché sarà accolta con diffidenza.

Ma nelle relazioni internazionali, se l'obiettivo è quello di diffondere la democrazia, non dovrebbero essere di ostacolo né le proposte difficili, né quelle ritenute impossibili da realizzare.

Si dovrebbe invece essere aperti alle soluzioni più ardite, nel senso dell'invito che L. Carroll, il celebre autore di *«Alice nel paese delle meraviglie»*, fa rivolgere alla stessa Alice dalla Regina: portare ogni mattina a colazione sei idee impossibili da realizzare².

Se è vero che le idee impossibili devono essere prese in considerazione appena espresse, possiamo esprimerne una in alternativa a quella da cui è uscita la proposta di fondare una "Comunità delle democrazie" appena segnalata.

L'idea consiste nel cercare di favorire la diffusione di un sistema istituzionale analogo a quello adottato nell'Unione europea anche nelle altre aree del mondo in cui sono stati avviati concreti processi di integrazione sotto il profilo economico-politico³.

Se fosse possibile, in Asia come in Africa ed in America (del Centro come del Sud), introdurre meccanismi istituzionali in grado di agevolare un rapporto costruttivo fra gli Stati aderenti, fondato su principi analoghi a quelli praticati nell'Unione europea, sarebbe più facile pensare all'avvio di rapporti transnazionali destinati ad estendere i principi della democrazia in Paesi nei quali tali principi non sono mai stati rispettati.

La meta finale sarebbe l'attuazione di un'altra idea impossibile da realizzare, quella che Kant ha concepito nel suo libro *«Per la pace perpetua»*⁴.

² In particolare tale invito viene rivolto ad Alice nel secondo libro dello stesso L. CARROLL, *Alice nel mondo dello specchio*, Fabbri editori, 2002, p. 75.

³ Non è da escludere che un sistema 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 difficile. Pensare di esportarvi la democrazia mediante una delle strutture federali classiche di tipo occidentale è ancora più difficile e potrebbe essere un errore anche dopo il successo ottenuto con le recenti elezioni del 30 gennaio 2005.

Poiché, infatti, le elezioni consentiranno alla maggioranza della popolazione di origine "sciita" di conquistare legalmente il potere politico in Iraq, è prevedibile che la minoranza di origine "sunnitica" (come la minoranza "curda") non sia disposta a farsi governare dalla parte avversa.

A questo punto l'Unione europea potrebbe forse attivarsi con 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 etnico-religiose, scelti all'interno di esse) che lo esercitino congiuntamente e in modo paritetico (vale a dire: 50% del potere legislativo al Parlamento rappresentativo dei cittadini iracheni e 50% dello stesso potere all'altro organo che rappresenta le comunità etnico-religiose).

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.

⁴ Cfr. I. KANT, *Per la pace perpetua*, Milano, Rusconi, 1997.

II. L'impatto esercitato dalla religione sul processo di integrazione in Europa. Conseguenze e rischi ipotizzabili

1. L'impatto esercitato dalla religione sul processo decisionale europeo

Come abbiamo in precedenza ricordato, il successo conseguito in Europa grazie all'applicazione del sistema democratico che abbiamo sopra descritto, è stato possibile portando gli Stati membri – tramite il Consiglio dei Ministri – nonché i partiti (e i popoli) europei – tramite il Parlamento europeo – ad affrontare e sostenere un dibattito permanente, da un lato combattuto ed intenso e, dall'altro, ragionevole e costruttivo, per la soluzione dei problemi concreti di interesse europeo.

Si è trattato in effetti di adottare decisioni per la soluzione di problemi prevalentemente di carattere giuridico-economico-sociale anche se, spesse volte, caratterizzati da forti cariche politiche ed anche etiche come si ricava, ad esempio, dal dibattito che ha preceduto l'adozione della direttiva sulle biotecnologie, che ha suscitato ampie reazioni anche da parte di organizzazioni religiose.

Ma in tutte le procedure che hanno portato le istituzioni dell'Unione europea ad avviare il dibattito costruttivo per trovare la soluzione più ragionevole e corretta, l'elemento religioso ha unicamente giocato un ruolo nella sfera individuale delle persone che, in rappresentanza delle istituzioni coinvolte, hanno preso parte al processo decisionale.

Per concludere su questo punto, pertanto, occorre riconoscere che, per quanto riguarda il processo decisionale previsto dal sistema istituzionale europeo, la religione non ha esercitato finora alcun impatto concreto se si esclude quello, del tutto comprensibile, esercitato sulla sfera individuale dei singoli, come di regola avviene all'interno delle collaudate democrazie occidentali.

2. L'impatto della religione sul processo di integrazione europea

Sotto questo profilo il problema si fa più complesso e deve essere esaminato con estrema attenzione.

L'impatto della religione sul processo di integrazione tra le diverse parti della popolazione di uno stesso Stato che professano confessioni religiose diverse è un fenomeno storicamente conosciuto che è stato studiato in passato e tuttora viene studiato sotto i più diversi profili (religioso, politico, sociale, antropologico, etc.).

Senza cercar troppo lontano nel tempo e nello spazio, per rendersi conto del genere di impatto che le convinzioni religiose arrivano ad esercitare sul processo di integrazione tra le parti componenti della popolazione di uno stesso Stato, basta ricordare le vicende drammatiche che hanno martoriato l'Irlanda del Nord.

Con riferimento al processo in atto all'interno dell'Unione europea, attualmente costituita da 25 Stati con popolazioni di religione cristiana, il problema dell'impatto della religione sul processo di integrazione non è stato finora avvertito.

Anzi, per la verità, proprio nell'Irlanda del Nord, appena ricordata, è l'Unione europea che ha esercitato sulla popolazione di tale Stato un impatto rilevante di segno opposto a quello che si è avuto in precedenza.

È stata infatti l'applicazione del sistema istituzionale europeo che ha agevolato la soluzione di un conflitto orrendo di origine religiosa che durava da secoli⁵.

Per quanto riguarda ora il processo di integrazione all'interno dell'Unione europea, l'immigrazione nei Paesi europei di cittadini, professanti religioni diverse da quella cristiana, può porre l'Unione di fronte a problemi seri in presenza di condizioni particolari.

Essendo di difficile attuazione un'effettiva e completa integrazione degli immigrati, specie di religione musulmana, all'interno della società nella quale sono inseriti, il problema che si pone riguarda il grado di integrazione che dovrebbe essere raggiunto da tali immigrati per rendere possibile una convivenza civile tra i cittadini, evitando pericolose tensioni o addirittura aperti conflitti all'interno della società medesima. E tale grado di integrazione risulta a sua volta condizionato dal numero effettivo degli immigrati rispetto al complesso della popolazione di religione cristiana con cui convivono.

I problemi ai quali sarà arduo far fronte potrebbero soprattutto derivare dalla creazione, all'interno della società nella quale si trovano inseriti, di gruppi di immigrati (con le loro famiglie) di consistenza tale da permettere una gestione linguistico-cultural-religiosa, del tutto autonoma, dei soggetti che ne fanno parte, condotta in modo da trasformare questi gruppi in corpi chiusi ed isolati, completamente separati dalla società all'interno della quale vivono. I pericoli che si possono ipotizzare derivano dall'assoggettamento di questi gruppi all'influenza di soggetti ed organismi fortemente ideologizzati e comunque pervasi da convinzioni con radicate spinte estremiste e fondamentaliste.

Tutto questo può determinare conseguenze difficili da controllare nei Paesi democratici europei, le cui società tolleranti fanno fatica a reagire in modo tempestivo e adeguato a sollecitazioni estremiste.

Le società democratiche europee, come l'esperienza ha dimostrato, presentano lati fragili nella loro struttura. La tradizionale osservanza del principio di legalità e, in generale, il rispetto dei diritti umani e dei principi di libertà, che sono alla base delle democrazie dei Paesi occidentali, hanno educato le

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss., spec. p. 655.

loro popolazioni alla tolleranza e alla convivenza civile, rendendo nel contempo più deboli le loro capacità di resistenza, se aggredite da gruppi estremisti fortemente motivati.

I numerosi episodi, recenti e meno recenti di intolleranza e di violenza, che si sono verificati all'interno di diversi Paesi europei, dovrebbero aver reso tutti convinti della necessità di studiare a fondo questi problemi.

D'altra parte, che l'attività di gruppi estremisti, influenzati da motivazioni religiose fondamentaliste, possa determinare tensioni pericolose nei rapporti con la maggioranza della popolazione dello Stato nel quale tali gruppi sono inseriti, risulta ampiamente documentato dalla stessa storia dei Paesi europei (e di quelli non europei).

Nessun dubbio pertanto che il fenomeno debba essere sottoposto ad uno studio attento ed approfondito.

Ma la necessità di sottoporre tale fenomeno ad un'indagine approfondita appare anche giustificata da un'altra considerazione.

È in effetti possibile che gruppi minoritari molto decisi e radicalizzati, approfittando dello spirito di tolleranza della maggioranza della popolazione nella quale sono inseriti, arrivino ad avanzare pretese per ottenere vantaggi e trattamenti particolarmente favorevoli che le istituzioni pubbliche spesso non sono in grado di contrastare.

Le tensioni appena segnalate, abbastanza frequenti all'interno delle società europee, potrebbero senz'altro accentuarsi a partire dal momento in cui Paesi con popolazioni di religione non cristiana e, in particolare, con popolazioni in maggioranza di religione musulmana, dovessero aderire all'Unione europea.

In tal caso entrerebbero nelle istituzioni europee (Commissione, Consiglio dei ministri e Parlamento europeo) soggetti che rappresentano Paesi di religione non cristiana, per esercitare, in piena legalità, le proprie funzioni.

In ipotesi del genere, potrebbero sorgere problemi se i gruppi chiusi ed isolati, formati dalle minoranze di immigrati fortemente ideologizzate, di cui sopra abbiamo parlato, dovessero cercare di ottenere vantaggi indebiti sfruttando coperture ed appoggi all'interno delle stesse istituzioni europee.

3. *Valutazioni critiche*

Se le considerazioni in precedenza svolte sono corrette ed hanno un fondamento logico, occorre procedere subito a qualche attenta riflessione.

Nella prima parte di questo scritto abbiamo cercato di mettere in evidenza i grandi vantaggi che il sistema istituzionale europeo è stato in grado di procurare alla generalità dei cittadini.

Come abbiamo precisato, uno dei risultati di rilievo che il predetto sistema istituzionale consente di ottenere mediante il dibattito costruttivo fondato

sulla ragione («*dissenso ragionevole*»)⁶ è quello di neutralizzare quelle posizioni strumentalmente aggressive delle parti coinvolte in tale dibattito che vengono alimentate da altri motivi e, in particolare, dall'aspirazione al potere.

Il meccanismo del «*dissenso ragionevole*» consente, in effetti, come sappiamo, di far prevalere le soluzioni fondate sulla ragione a vantaggio e nell'interesse della generalità dei cittadini, e non della potenziale maggioranza che aspira ad esercitare il potere né tanto meno delle minoranze compatte ed aggressive che agiscono per il loro esclusivo interesse.

Ovviamente, la decisione adottata che crea vantaggi alla generalità dei cittadini potrà anche essere favorevole, in casi particolari, alla maggioranza potenziale o addirittura andare a favore di una minoranza compatta ed aggressiva, ma in entrambi i casi ciò avverrà solo ed in quanto la decisione adottata risulta vantaggiosa anche per la generalità di cittadini.

Riassumendo, il sistema istituzionale instaurato in sede europea è stato in grado di neutralizzare le posizioni aggressive dovute alle spinte ideologiche e alle reazioni emotive che nei sistemi di democrazia rappresentativa di tipo tradizionale sono destinate ad alimentare in modo sostanziale la conflittualità che di regola si manifesta sul terreno politico-economico-sociale.

Diversa è invece la situazione quando la conflittualità si manifesta su un altro terreno, quello ideologico-religioso.

Nei rapporti con soggetti fortemente condizionati da motivazioni ideologico-religiose, portati ad estremizzare le proprie posizioni e le proprie azioni fino al sacrificio della propria vita e di quella degli altri, non è pensabile di poter risolvere i contrasti avviando un dibattito costruttivo fondato sulla ragione. In questi casi il meccanismo del «*dissenso ragionevole*» non può avere successo.

Ciò può trovare conferma nelle dichiarazioni del Procuratore del Tribunale di Amsterdam, recentemente pronunciate nel processo penale introdotto contro il fanatico musulmano, nato e cresciuto in Olanda, che ha assassinato a colpi di pistola, e sgozzato davanti a numerose persone, il regista *Van Gogh*, reo di aver offeso l'Islam. Secondo il Procuratore, con l'assassinio di *Van Gogh*, si è cercato soprattutto di «terrorizzare la società olandese» per «scardinarne gravemente la struttura politico-costituzionale e sociale»⁷. Se questo è l'obiettivo, che a quanto pare viene condiviso da diversi gruppi con tendenze estremiste, appare veramente senza speranza il tentativo di trovare ragionevoli soluzioni fondate sul dialogo costruttivo. Per di più, la risposta di gruppi estremisti, di segno opposto, della popolazione olandese all'assassinio di *Van Gogh* è consistita in attacchi alle moschee e in reazioni violente contro i musulmani.

⁶ L'espressione «*dissenso ragionevole*» è stata usata da J. RAWLS in *Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, p. 62.

⁷ Cfr. il resoconto del giornalista L. COEN pubblicato su *La Repubblica* di giovedì 27 gennaio 2005.

Non c'è male come evoluzione dei rapporti tra i cittadini in Europa: esaurite le occasioni per scatenare conflitti per motivi politici si ritorna alle lotte di religione.

Orbene, se i conflitti all'interno dei Paesi europei dovessero essere sempre più influenzati da motivazioni ideologico-religiose, opportunamente sfruttate da gruppi compatti ed aggressivi, intenzionati ad ottenere visibilità e vantaggi in termini di potere e di forza negoziale, è da temere l'insorgere di ostacoli insidiosi suscettibili di intralciare il normale funzionamento dei meccanismi che hanno finora consentito al sistema istituzionale europeo di realizzare i risultati in favore della generalità dei cittadini che sopra abbiamo descritto.

In effetti, poiché l'adesione all'Unione europea di Stati con popolazione di religione musulmana consentirà loro, come più sopra ricordato, di partecipare in piena legalità alla gestione degli affari europei operando all'interno delle istituzioni europee, non è da escludere che per solidarietà ideologico-religiosa, qualche Paese possa sfruttare alcuni meccanismi istituzionali esistenti come, ad esempio, il voto all'unanimità, per far prevalere soluzioni negoziate che vadano a favore di minoranze agguerrite e fortemente motivate, invece che a favore della generalità di cittadini europei come, di regola, è finora avvenuto.

Per portare un esempio, non banale, del genere di problemi che l'orientamento ideologico-religioso potrebbe far nascere nell'Unione europea, è sufficiente far riferimento ad un caso recentemente verificatosi ancora in Olanda, un Paese considerato da tutti un modello in fatto di tolleranza (nei confronti dell'impiego di droghe e di sostanze stupefacenti; nei confronti delle religioni professate; nei confronti degli orientamenti sessuali seguiti; etc.).

Il caso riguarda un musulmano il quale, basandosi sulla legge islamica che gli consente di avere fino a quattro mogli, ha avanzato pretese, fondate questa volta sulla legge olandese, in materia sociale (indennità di disoccupazione) a favore delle proprie mogli e della numerosa prole⁸.

La controversia relativa a questo caso è tuttora in corso.

Una timida obiezione che è possibile sollevare è questa: la bigamia, in Olanda come in Italia (e negli altri Paesi europei), è un reato penalmente perseguibile.

Un altro caso che fa capire l'impatto esercitato dalle convinzioni ideologico-religiose sulla gestione politica di uno Stato musulmano e sulla vita dei suoi cittadini, si ricava dall'ultimo libro dello studioso egiziano Nasr Abû Zayd, *Una vita con l'Islam* (Il Mulino - Intersezioni, Bologna, 2004).

Questo Autore, professore di islamistica all'Università del Cairo, che insegna oggi all'Università di Leida in Olanda, è stato sottoposto a processo in

⁸ Cfr. il testo dell'intervista effettuata da Susanna Nirenstein a Bernard Lewis pubblicato su *La Repubblica* del 7 gennaio 2005.

Egitto e condannato (dal Tribunale) a divorziare dalla propria moglie musulmana (che invece voleva rimanere sua moglie!) perché nei suoi studi aveva fornito un'interpretazione del Corano diversa da quella seguita dai suoi colleghi tradizionalisti.

Dopo il divorzio imposto *ex-lege*, l'Autore è fuggito con la moglie dall'Egitto per evitare di essere assassinato da qualche fanatico.

E questo è avvenuto nell'Egitto di Mubarak e non nell'Afghanistan dei talebani.

Questi casi potrebbero accentuare il disagio e l'inquietudine degli europei che hanno appreso con incredulità i risultati di un'indagine previsionale secondo cui la popolazione europea, alla fine di questo secolo, sarà in maggioranza di religione musulmana.

III. Conclusioni

I problemi esaminati nei precedenti paragrafi sono, come è facile intuire, di fondamentale e decisiva importanza.

Soluzioni sbagliate a tali problemi potrebbero compromettere lo sviluppo futuro dell'Unione europea.

La scelta è tra soluzioni che si ispirano al pluralismo, da un lato, e al multiculturalismo, dall'altro lato.

I meccanismi istituzionali dell'Unione europea hanno consentito di realizzare i risultati straordinari che abbiamo sopra ricordato, perché il sistema socio-politico all'interno degli Stati membri si è sempre ispirato al pluralismo.

Un Paese che privilegia il pluralismo stabilisce regole istituzionali uguali per tutti per la gestione degli affari pubblici, consentendo a ciascuno di mantenere le proprie convinzioni ideologiche e religiose che possono certo essere liberamente manifestate e seguite purché nel rispetto delle regole istituzionali che tutti devono osservare.

In un Paese che ammette il multiculturalismo possono invece formarsi i gruppi chiusi ed isolati che sopra abbiamo descritto, con le conseguenze negative di cui pure abbiamo parlato.

Questi sono problemi di grande attualità che sono stati e devono continuare ad essere studiati.

Il CISDCE di Milano (Centro Internazionale di Studi e Documentazione sulle Comunità Europee) ha in corso la messa a punto di una ricerca, da effettuare in collaborazione con altri Centri universitari, per studiare a fondo i problemi evocati in questo testo, tanto sotto il profilo storico, quanto sotto il profilo giuridico e socio-economico.

Fausto Capelli

RECENSIONI

Antonio Cassese, *Diritto internazionale*, vol. I, *I lineamenti*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 1-370, € 24,00; vol. II, *I problemi della comunità internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 1-248, € 16,00

Nella fase attuale di trasformazione del diritto comunitario-unionistico europeo, la cornice rappresentata dal diritto internazionale risulta sempre più ampia e marcata tanto da ravvicinare distanze ormai consolidate tra i cultori delle due discipline. Un contributo fondamentale a tale scopo proviene dalla recente edizione italiana del "grande manuale" di Antonio Cassese, già pubblicato in edizione di lingua inglese ed ora tradotto, ampliato ed aggiornato nell'attuale versione da P. Gaeta. Anche se le parti più direttamente incidenti sulla materia comunitaria risultano abbastanza distinguibili nei capitoli dedicati alle fonti, alle organizzazioni internazionali ed alle loro giurisdizioni, in realtà l'intera lettura del manuale rappresenta un presupposto indispensabile per chi voglia avvicinarsi ad una più matura e consapevole comprensione del fenomeno euro-internazionale.

Sono ben noti i meriti dell'opera qui recensita, maturata attraverso un trentennio di edizioni precedenti nelle principali lingue europee, grazie alle quali si è consolidata la sua visione generale insieme alla completezza delle sue articolazioni ed all'esemplare metodo logico-terminologico. In questa sua ultima versione, l'opera appare più ampiamente aperta ad approfondimenti giurisprudenziali ed a riferimenti dottrinali contrassegnati da accorgimenti di evidenziazione testuale. Un più ampio rinvio a bibliografie e documenti è fatto nel sito *web* dell'editore, il Mulino, come ormai in uso in molti manuali di lingua inglese. In altre parole, dopo molti decenni di esperienza multiculturale, l'opera in oggetto si presenta con i caratteri misti di un vero e proprio "*key-text book*" come sintesi felice di dottrina e prassi.

Nella versione attuale, il "gran manuale" di Cassese assume, altresì, un più marcato completamento, in quanto dedicato, nel volume primo, alla visione generale ovvero al ruolo del diritto nella comunità internazionale in un'ottica teorico-formale, ma anche e soprattutto in un'ottica calata nella realtà della vita internazionale attuale. A tale nuova finalità risulta particolarmente dedicato il volume secondo centrato su alcuni *topic* o problemi in una fase di transizione e di incerta prospettiva dell'intero ordinamento. Illuminanti appaiono le pagine dedicate alle Nazioni Unite, alla sicurezza internazionale, ai diritti umani, alla repressione dei crimini internazionali, all'anti-terrorismo ed infine allo sviluppo con particolare riferimento all'ottica del Nord-Sud e della tutela ambientale.

Complessivamente valutata l'opera di Antonio Cassese, anche nella sua struttura attuale, si presenta come fortemente collegata alla grande tradizione europea di tipo universalistico e monistico. Restano esemplari al riguardo i capitoli dedicati ai principi di diritto internazionale concretamente attivi nell'ordinamento generale e negli ordinamenti degli Stati membri in cui vivono e da cui traggono alimento. Ugualmente illuminante è la forte prospettiva centralistica e istituzionale di tipo "onusiano" come fattore e motore centrale degli sviluppi successivi al 1945. I capitoli dedicati alla prospettiva penalistica e pan-penalistica nell'attuale momento internazionale restano, probabilmente, tra i meglio scritti nell'intera manualistica contemporanea e la loro lettura diviene indispensabile anche come espressione dell'esperienza diretta dell'Autore quale giudice e presidente di tribunali internazionali penali *ad hoc*. Il vigile senso critico dell'A. lo rende sensibile a tutti i momenti dell'attuale revisionismo particolarmente nel volume secondo dove i profili "problematici" rimettono in discussione tutti gli aspetti della disciplina, con particolare sensibilità e finezza della Co-autrice, Paola Gaeta. In conclusione non può non augurarsi una prossima edizione ricomposta in volume unico, così come nell'edizione oxfordiana, come segno di una ormai raggiunta "classicità" del trattato-manuale in oggetto.

Massimo Panebianco

Sabino Cassese, *La nuova costituzione economica. Lezioni*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. VIII-370, € 20,00

L'assetto economico-giuridico di un determinato ordinamento, sia questo statale o di più ampio concetto, ha da sempre attratto studiosi di settore, volti ad analizzare il rapporto tra regolamentazione giuridica e forze di mercato. Ancor più tale interesse si manifesta allorché l'ordinamento unionistico-

comunitario trova nel recente Trattato-Costituzione, giunto alla fase finale del procedimento per la adozione, la massima espressione di integrazione politica, economica e di tutela dei diritti fondamentali. Certamente, come è noto, l'espressione costituzione economica se da un lato non necessariamente presuppone l'imperatività di una fonte codicistica o pattizia, – basti pensare alla più lontana *lex mercatoria* che per secoli ha regolamentato i traffici commerciali, basati su regole di comportamento comuni –, dall'altro soprattutto negli ultimi anni necessita di un assetto normativo-pattizio di riferimento che si integra con l'assetto consuetudinario proprio del mercato.

In tale contesto ben si colloca l'opera, qui recensita, giunta alla sua terza edizione (prima edizione «Proprietà e impresa nella Costituzione» edizione ciclostilata della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Urbino, 2 volumi, anni accademici 1965-1966 e 1966-1967; seconda edizione «Lo stato e l'economia», 1970, rimasto inedito), volta a tracciare le linee guida del passaggio dalla "vecchia" alla "nuova" costituzione economica, inteso come diversa prospettiva di intervento del soggetto Stato rispetto ad un mercato che da esclusivamente nazionale diventa transnazionale o integrato. L'opera si articola in ben undici capitoli, corredati, da un'ampia e utile bibliografia (pp. 295 ss.), nonché da un indice cronologico della normativa statale (pp. 321 ss.) e della normativa comunitaria (pp. 341 ss.). Da tale ampia base dottrinale, articolata in dodici sezioni, emerge la struttura stessa del volume dedicata alla costituzione nel duplice senso statale-unionistico e cioè omnicomprensivo di due livelli tra loro strettamente coesi.

L'autore, infatti, con il termine costituzione economica intende fondamentalmente la costituzione economico-statale, altrimenti detta l'insieme dei «profili economico-costituzionali» (p. 296), dai quali derivano i tradizionali settori del diritto pubblico dell'economia, propri dell'ordinamento italiano. È solo a partire dalla costituzione del mercato unico europeo 1957-1992 che decolla un vero abbozzo di costituzione economica europea, intesa come costituzione economica di mercato, omnicomprensiva della disciplina della concorrenza della cosiddetta privatizzazione dei servizi pubblici economici essenziali e della regolazione delle politiche comunitarie di supporto al mercato (politiche della finanza pubblica, politica monetaria e valutaria esterna, politica del controllo del credito e della finanza privata) (pp. 298-317). Ne emerge solo alla fine la vera e propria bibliografia dedicata alla nuova costituzione economica (pp. 317-318), concernente il fenomeno costituzionale visto *ab extra* nella duplice prospettiva sopra indicata.

Nella prima parte, dedicata alla così definita vecchia costituzione economica (pp. 7-31) che involge l'analisi di mercato di ben quattro periodi storici diversi (fase pre-unitaria; unificazione statale; *post*-unificazione; integrazione europea al suo stato iniziale), l'attenzione viene posta al doppio rapporto Stato e mercato da un lato e Stato e Comunità europea dall'altro all'inizio

della sua formazione. In virtù del primo profilo o rapporto il mercato si presentava fortemente controllato e quindi contraddistinto per il forte protezionismo economico, sia all'entrata che all'uscita dei confini territoriali mediante l'imposizione di specifici dazi diversi da Stato a Stato (periodo pre-unitario). Esigenze diverse maturarono dopo le unificazioni statali, considerato che l'espansione economica si presentava omogenea e pronta ad integrarsi con altri mercati statali della stessa regione europea, diventando, in seguito, uno spazio economico europeo.

Si sviluppa in Germania agli inizi degli anni Venti la disciplina della concorrenza, che diventa comune e quindi comunitaria nel 1957, ponendosi così il mercato, con una forte identità che si realizza a pieno a partire dal Trattato di Maastricht (pp. 31-59). Con l'apertura dei mercati nazionali e la formazione di un mercato unico transnazionale, mutano ambedue i termini del tradizionale rapporto Stato-mercato. Da un lato i mercati perdono la loro identità nazionale, dall'altro lo Stato viene progressivamente affiancato da un organismo sovranazionale.

Come è noto, tre strumenti hanno contribuito alla formazione del mercato unico europeo: la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali; la disciplina della concorrenza; la limitazione degli aiuti statali alle imprese. Prevalentemente la parte seconda dell'opera si incentra (pp. 59-287) sugli effetti che questi principi hanno avuto a livello statale e come questa proiezione ha mutato il rapporto dello Stato sull'economia. Un ruolo trainante della competitività viene riconosciuto alla disciplina della concorrenza (pp. 59-83) che, nelle sue diverse articolazioni di principio (divieto di intese restrittive e di abuso di posizione dominante, nonché divieto di aiuti di Stato), ha orientato la disciplina nazionale generale, ma ancor più quella di specifici settori (pp. 83-117), quale quello delle telecomunicazioni, della stampa, della pubblicità sui mezzi di comunicazione e dell'attività bancaria.

Si tratta di discipline speciali perché a differenza delle imprese *tout court*, tali attività incidono in maniera diretta sulla collettività e sui diritti ad essa appartenenti. Per anni tali settori hanno goduto dell'avallo statale e, quindi, forse di un modello garantistico diverso per la collettività. Di converso, però, un mercato aperto alla concorrenza, quale quello attuale, non può non tener conto che i diritti sottesi a tale attività possano essere ascritti esclusivamente alle categorie del diritto della concorrenza, nei quali certamente vanno inquadrati ma non esauriti.

La coerente impostazione dell'opera, ossia storico ricostruttiva, non poteva non tener conto di specifici altri fattori, trattati nella parte successiva dell'opera che hanno contribuito ad individuare un nuovo assetto economico, assunto a rango costituzionale nel significato materiale dell'espressione di «Nuova costituzione economica». Certamente gli interventi di privatizzazione hanno avuto un ruolo funzionale nell'assetto economico, soprattutto in quei

settori erogatori di servizi di vasta fruizione. Non a caso nella parte dedicata alle privatizzazioni (pp. 117 ss.) vengono esaminate le diverse trasformazioni degli enti pubblici economici in società per azioni, quali, ad esempio, le ferrovie, le poste, la cassa depositi e prestiti e, non da ultimo, l'*iter* concernente le banche con struttura genetica statale.

Si tratta di un nuovo assetto, che, come detto, trova nella politica della concorrenza la spinta propulsiva, che deve essere letta in un'ottica di sistema, e di intervento, non solo di effetto diretto della normativa comunitaria, ma anche indiretto della stessa. Ciò sicuramente si comprende se si tiene conto dell'evoluzione, o ancor più dell'individuazione del mutamento di prospettiva nei confronti dei soggetti fruitori, che nello spazio giuridico globale si collocano come categoria autonoma (consumatori), e non come soggetti esclusivamente destinatari di pubblici servizi o servizi pubblici oggettivi. Tale trasformazione del mercato ha decisamente inciso sulla regolamentazione giuridica dello stesso, non più di competenza esclusivamente statale, per le ragioni evidenziate, bensì integrata con livello comunitario, sia sotto il profilo del controllo della moneta e dei cambi, sia sotto il profilo del controllo della finanza, pubblica e privata (pp. 197 ss.).

In tali settori si è assistito ad un processo di forte integrazione, che ha prodotto la perdita assoluta della sovranità monetaria e un ridisegnamento sul controllo della stessa. A tali tematiche vengono dedicati i capitoli successivi (pp. 223-253), concernenti il passaggio delle funzioni monetarie dalla Banca d'Italia alla Banca Centrale Europea. Non si tratta di un rapporto di facile inquadramento considerato che la dottrina più recente ha messo in luce un profilo abbastanza delicato nell'equilibrio delle competenze, ossia il profilo della vigilanza sui mercati, che per effetto dispositivo del Trattato di Maastricht e riproposto nel recente Trattato-Costituzione (Parte III, art. 185) resta di competenza delle singole banche centrali nazionali, estranei alla politica monetaria affidata alla Banca Centrale Europea.

Di converso però altra parte della dottrina, ritiene che ciò sia da ascrivere ad un inquadramento generale del *multilivel*, Stati-Comunità, ove i singoli mercati nazionali necessitano di un decentramento di competenze proprie della struttura statale, idonea a garantire un maggior controllo sui flussi finanziari e sugli operatori di settore operanti in regime di concorrenza. Ebbene, a differenza di altri settori commerciali, quello del mercato mobiliare e del credito, trattati nel penultimo capitolo, nella loro attuale disciplina, hanno beneficiato in maniera quasi determinante della spinta comunitaria. Basti pensare, tra le tante, alla seconda direttiva bancaria, che ha riconosciuto alla banca la natura di impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c., abbandonando l'impostazione statale di erogatori di servizi pubblici oggettivi, con effetti giuridici rilevanti sull'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Tutto ciò emerge in maniera chiara nell'ultimo capitolo riepilogativo del concetto di nuova costituzione

economica (pp. 287) ove, in modo significativo, si sottolineano le difficoltà di individuare una nuova identità statale, ancora *in itinere* rispetto ad un modello di mercato nuovo, le cui istanze sono state ben recepite dal modello sovranazionale comunitario e, di poi, riproposte ai singoli Stati.

Certamente la prospettiva proposta nell'opera qui recensita si pone come utile punto di riferimento nell'analisi del significato di costituzione economica, inteso come rapporto integrato e in *progress* tra Stato e Unione europea rispetto al mercato globale, altrimenti detto tra cronologia sistematica della normativa statale (pp. 321-340) rispetto all'indice cronologico sistematico della normativa comunitaria (pp. 341-353), studiati come fenomeni paralleli e sincronici di un'interessante costituzione mista italo-comunitaria ed italo-unionistica. In tale originale nesso costitutivo sta il maggiore interesse dell'idea di costituzione europea, prospettata dall'Autore, che non è priva di un marcato carattere di eterodossia rispetto all'idea corrente di quanti la riducono al solo schema del Trattato costituzionale o del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, adottante una Costituzione per l'Europa. Ancor di più all'indomani dell'entrata in vigore della Magna Carta Europea, tale ricostruzione può presentarsi attuale, se si fa riferimento esclusivamente al profilo materiale della stessa.

Invero, però non può trascurarsi che la finalità dell'adozione della Costituzione europea, tra le tante, è proprio quella di dar vita ad un'Europa con un'unica voce anche di calibro economico, rispetto agli Stati e alle economie degli stessi. Ben settantadue articoli di tale Costituzione (Parte III, da 130 a 202) sono identificativi di una costituzione economica, che sicuramente pone il profilo della sua legittimazione nella sua completezza, ma che però va distinta per certi versi rispetto alle altre parti che la compongono (I e II). Si tratta forse di una legittimazione *in re ipsa*, basti pensare alle sentenze della Corte di giustizia in materia di concorrenza, ove il principio della prevalenza del diritto comunitario viene affermato più volte, non da ultimo con la famosa sentenza sul caso *CIF*.

Non si tratterebbe, se riletta in tal modo, di una ricostruzione parallela o orizzontale della Costituzione economica, rispetto a quella statale, bensì verticale, o *multilevel*, conforme al principio della scala delle fonti, assumendo la funzione di equilibrio all'interno di uno spazio giuridico economico integrato. Grazie all'opera in esame, si conferma una teoria presentata in un dialogo tra i due "massimi sistemi" costituzionali. Come tra tutti i dialoghi del genere, non sarà quello unionistico comunitario a far ruotare intorno a sé l'attenzione degli studi del diritto costituzionale, ma viceversa non sarà neppure il solo sistema economico costituzionale italiano a rappresentare il polo di confronto e di riferimento per quello europeo.

Ma il discorso è appena iniziato e all'A. di questo volume bisogna riconoscere il merito di aver messo in discussione le più tradizionali regole e categorie di approccio al problema e di aver fissato le regole del «nuovo dialogo

tra i massimi sistemi costituzionali». Anche se l'opera di *Sabino Cassese* dichiaratamente è aperta in tutti i suoi settori alla collaborazione di vari autori e consulenti, di fatto primeggia l'idea di un primato del diritto comunitario (sovranazionale e transnazionale) come "testa di capitolo" di ogni sviluppo normativo. Ad esso si sono ispirati legislatori amministrativi italiani del diritto pubblico dell'economia in una marcia progressiva di avvicinamento del diritto unionistico-comunitario da intendersi non come dato acquisito pacifico ed indiscusso del sistema complessivo, ma come una forza di attrazione per la così detta «ala marciante» del diritto pubblico dell'economia.

Francesco Buonomenna

Knut Ipsen, *Völkerrecht*, V edizione, München, Beck, 2004, pp. LXIX-1314, € 48,00

Stephan Hobe - Otto Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, VIII edizione, Tübingen-Basel, Franke, 2004, pp. XXIV-615, € 24,90

Le opere qui recensite appartengono alla manualistica universitaria di diritto internazionale e si inseriscono tra i volumi più diffusi nel mondo accademico di lingua tedesca (Repubblica Federale, Austria, Svizzera). Esse sono di notevole interesse per lo studioso del diritto comunitario e dell'Unione europea nell'epoca della sua costituzionalizzazione centrata intorno all'identità internazionale della Comunità e dell'Unione e del suo progressivo allargamento sul continente europeo, nonché di inserimento nella comunità globale. Senza dubbio mezzo secolo di integrazione europea ha contribuito ad un mutamento degli studi giuridici anche nel settore del diritto internazionale con evidenti riflessi sullo stile dei manuali universitari e sulla visione generale e particolare di tale diritto.

Comune ai due volumi, già preceduti da un elevato numero di edizioni è l'esigenza di un completo ripensamento ed allargamento della disciplina trattata in considerazione dei suoi profondi ed attuali cambiamenti. Nell'ottica degli Autori i due processi di pacificazione e di globalizzazione delle relazioni internazionali mettono alla prova le radici stesse del sistema. Sempre più, infatti, il diritto internazionale manifesta la sua vocazione universale come diritto "interno" della società umana ed "esterno" rispetto alle varie società statali.

Il manuale di *Ipsen* è frutto di una prevalente collaborazione di docenti di università del nord-est della Repubblica Federale Tedesca (in prevalenza di Bochum) sul testo originariamente concepito e programmato da *E. Menzel*; ad essi si sono associati altri docenti di Hannover e di Frankfurt/Oder. La parte più strettamente comunitaria ed europea rientra negli specifici contributi dedicati alle organizzazioni internazionali (pp. 500) e al diritto internazionale del-

l'economia (pp. 654 ss.). Il formato di tale opera collettanea è articolato in sedici capitoli in un certo senso classici, di cui alcuni, maggiormente legati all'attualità e più precisamente ai «popoli nel diritto internazionale» (Cap. VI), al «diritto internazionale penale» (Cap. IX) e soprattutto «all'ordinamento della pace e della sicurezza internazionale» anche alla luce dei recenti conflitti armati dell'ultimo decennio (Cap. XV e XVI) (pp. 1065-1291).

All'inizio di tale imponente manuale, ampie sono le citazioni dedicate agli strumenti didattici, quali riviste, scritti in onore e manuali, questi ultimi organizzati non più nell'ordine nazionale ed alfabetico, ma secondo i gruppi linguistici di appartenenza e cioè secondo le prevalenti lingue europee, ivi comprese quelle slave (Polonia, Croazia, Repubblica Federale Russa). Nel ricco indice compare anche la manualistica di lingua giapponese, nonché l'elenco di tutti gli altri strumenti di documentazione diversi dalla manualistica (ivi compresi i siti *internet* di organizzazioni internazionali, tribunali e corti internazionali e altri istituti scientifici specializzati). Nel complesso si tratta di un'opera monumentale molto più ravvicinabile ad un "vero e proprio Trattato", malgrado il suo formale inserimento nella collana dei manuali del benemerito editore monacense, al cui catalogo conferisce un risalto straordinario.

La seconda opera qui recensita è la più diffusa tra le università del sud della Germania in cui risulta ben collaudata, a partire dalla prima edizione del 1975 dal compianto docente di Regensburg (*Otto Kimminich*) e dopo la rilevazione fattane da *Stephane Hobe* attualmente a Colonia. Nel formato che si articola in ben diciannove capitoli compaiono come temi originali e di particolare attualità, quelli sui fondamenti, l'espansione e sull'attuale stato del diritto internazionale nell'epoca della globalizzazione (Cap. I e II). Seguono i capitoli classici dedicati alla soggettività internazionale di stati ed organizzazioni, alla loro capacità giuridica e alla loro attualità (Cap. III-VII).

Del tutto nuovo, come ovvio, sono le trattazioni dedicate al diritto internazionale penale, alla soluzione giudiziale e politica delle controversie, alla conduzione dei rapporti internazionali, con particolare riguardo all'ordinamento economico internazionale (Cap. V-XII). Il volume si conclude con trattazioni approfondite dei diritti dell'uomo, dei rifugiati, delle minoranze e degli spazi internazionali di interesse comune, nonché infine alla disciplina umanitaria e alla neutralità nei conflitti armati (Cap. XIII e XVIII). Il volume si conclude con una principale rassegna dei principali casi esaminati dalla Corte Internazionale di Giustizia.

Anche quest'ultima opera è corredata da interessanti supporti bibliografici, nonché da una serie di riferimenti ad articoli di riviste, pagina per pagina e paragrafo per paragrafo fino alla data del 2003. Anche quest'opera si segnala, inoltre, per la grandissima qualità dello stile manualistico da cui potranno trarre grandi vantaggi la didattica e la ricerca universitaria, nonché un pubblico più ampio di operatori giuridici e professionali interessati all'integrazione

comunitaria unionistico-europea nel contesto delle più ampie relazioni dell'ordine economico e politico mondiale. Anch'essa contribuisce al mantenimento di quel grande ruolo di assoluto prestigio proprio della dottrina internazionale tedesca aperta al confronto, a tutto campo, con la dottrina e la prassi del mondo europeo ed internazionale.

Massimo Panebianco

Lorenzo Federico Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, p. XXVIII-515, € 45,00

Lo studio del diritto *antitrust* europeo è solitamente affrontato dalla pubblicistica secondo due impostazioni alternative. La prima, tipica del diritto privato e commerciale, tende ad approfondire esclusivamente i divieti *antitrust*, e quindi il divieto per le imprese di porre in essere intese anticoncorrenziali e di abusare della posizione dominante detenuta sul mercato. La seconda, tipica del diritto amministrativo e del diritto processuale civile, è quella di affrontare la materia dal punto di vista degli organi competenti ad applicare i divieti *antitrust* e/o dal punto di vista dei procedimenti di applicazione. Il volume qui recensito si pone, invece, l'obiettivo di approfondire entrambi gli aspetti, relativi ai divieti e ai procedimenti di *enforcement* degli stessi. I due profili sono affrontati seguendo il medesimo filo narrativo, volto a mostrare i nessi unificanti esistenti tra la nascita, l'evoluzione e il funzionamento del diritto *antitrust* europeo e i relativi procedimenti di applicazione, così come modellati dalla storia e dalle caratteristiche della Comunità. La discussione di tali profili è preceduta da un'approfondita ricostruzione storica degli aspetti economici che hanno determinato la nascita del diritto *antitrust* in Europa, dalla fine del XIX secolo alla metà degli anni Cinquanta.

In particolare, nella prima parte (dal titolo *La cartellizzazione dell'economia e il processo di integrazione europea*, pp. 1-75), l'Autore ricostruisce l'evoluzione economica in Europa dal 1870 al 1940 che ha poi portato alla nascita della Comunità europea e, quindi, del diritto *antitrust* europeo. In questa parte si evidenzia la correlazione tra il "processo di concentrazione del capitale" – e il conseguente aumento della dimensione delle imprese, determinato dallo sviluppo industriale della fine del XIX secolo – e l'impossibilità degli Stati nazionali europei di gestire tale fenomeno economico. L'Autore indica come negli anni Venti l'assenza di organizzazioni internazionali abbia determinato la nascita, in Europa e nel mondo industrializzato, di un cospicuo numero (circa 200) di cartelli internazionali, i quali di fatto regolavano il commercio internazionale (l'Autore prende in considerazione, tra gli altri, il cartello mondiale dell'acciaio costituito nel 1926, la c.d. Comunità dell'ac-

ciaio). Il fallimento in Europa, prima, di un controllo dell'economia fondata sui cartelli industriali e, poi, delle Conferenze internazionali del 1927 e del 1930 organizzate dalla Società delle Nazioni, nonché la tragedia della seconda guerra mondiale, resero quindi necessaria un'organizzazione internazionale quale la Comunità europea, avente la finalità di garantire la creazione di un mercato comune – che l'Autore definisce «la *res publica* comunitaria» (p. 60 ss.) – fondato sulla concorrenza. Tale finalità era tutelata non solo contro gli interventi degli Stati, ma anche contro i comportamenti dei privati; di qui la previsione, nel Trattato CEE, dei divieti *antitrust* nei confronti delle imprese.

Nella seconda parte del volume (dal titolo *La competenza antitrust europea*, pp. 79-197), l'Autore organizza il lavoro in due sezioni, lo studio della «competenza *antitrust* europea» (p. 79 ss.) e il «rapporto tra competenza *antitrust* europea e normativa degli Stati membri» (p. 143 ss.). Nella prima sezione sono presi in considerazione la redazione, l'attuazione e il contenuto dei divieti di intese anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante. Di particolare interesse sono gli approfondimenti storici relativi al processo di redazione dei divieti (in particolare l'impronta francese nella formulazione del testo dell'art. 81 TCE), e quelli relativi all'influenza tedesca nell'interpretazione degli stessi da parte della giurisprudenza comunitaria. Nella seconda sezione sono presi in considerazione i principi relativi al rapporto tra competenza *antitrust* europea e normative nazionali degli Stati membri. Costituiscono, quindi, oggetto di valutazione non solo i principi generali che disciplinano il rapporto tra diritto comunitario e nazionale, ma anche le norme del vigente regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, il regolamento Ce n. 1/2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004. La seconda parte si conclude con l'approfondimento relativo alla vincolatività per i singoli delle misure nazionali in violazione del diritto *antitrust* europeo. Il tema, di grande rilevanza per le sue potenzialità applicative, viene affrontato discutendo, in particolare, delle implicazioni della recente sentenza *Consorzio industrie fiammiferi* della Corte di giustizia.

Nella terza parte del volume (dal titolo *Il sistema di applicazione antitrust europeo*, pp. 201-505), l'Autore analizza i procedimenti disciplinati dal diritto comunitario per l'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE. Il lavoro è particolarmente approfondito; esso affronta, infatti, il sistema di applicazione a partire dalla disciplina del TCE fino al regolamento Ce n. 1/2003 e al Trattato costituzionale europeo. Seguendo l'obiettivo sistematico del libro, la terza parte è introdotta da una breve e puntuale individuazione degli organi del sistema *antitrust* europeo (Commissione, Autorità e giudici nazionali) e delle rispettive funzioni. Inoltre, in tale parte viene dato spazio al concetto di «federalismo *antitrust* europeo», poi sviluppato in seguito nel volume.

Il regolamento Ce n. 1/2003 è oggetto di un particolare approfondimento

(pp. 253-505). Esso è analizzato con riferimento sia alla tutela amministrativa che alla tutela giurisdizionale del diritto *antitrust* europeo. Sono così ricostruiti i profili di competenza rispettivamente della Commissione, delle Autorità e dei giudici nazionali nell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE. L'Autore, passando quindi ad affrontare i procedimenti di *enforcement* della Commissione e di Autorità e giudici nazionali, mette efficacemente a fuoco i meccanismi di «cooperazione» e di «controllo» tra tali organi che caratterizzano in modo peculiare il regolamento Ce n. 1/2003.

L'opera è particolarmente apprezzabile per il tempismo col quale analizza non solo il contenuto del regolamento Ce n. 1/2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004, ma anche le rilevanti parti del Trattato costituzionale europeo, firmato lo scorso 28 ottobre 2004. Inoltre, il volume si segnala per la contemporanea sistematizzazione sia dei divieti che delle procedure di applicazione del diritto *antitrust*. Di particolare interesse è l'analisi del regolamento Ce n. 1/2003 e delle sue implicazioni, che qualifica il volume come uno dei primi e più ampi lavori di approfondimento sul tema.

Il volume non costituisce però una mera presentazione della normativa europea. L'Autore infatti affronta tematiche di particolare complessità e delicatezza, quali il principio di uguaglianza tra imprese e, a monte, tra Stati membri e la trasformazione di tale principio in quello di cittadinanza europea (par. 18); la distinzione tra diritto *antitrust* e diritto di regolamentazione della concorrenza (par. 21); le finalità del diritto *antitrust* europeo (par. 32); i principi che disciplinano il rapporto tra diritto *antitrust* CE e normative nazionali (par. 39). Si segnalano, inoltre, le originali posizioni volte a dimostrare l'illegittimità degli artt. 3(2) e 6 del regolamento Ce n. 1/2003 (par. 45 e 148) nonché a respingere le ipotesi di prospettata illegittimità dell'art. 16 regolamento Ce n. 1/2003 relativa ai vincoli per i giudici nazionali derivanti dalle decisioni della Commissione (par. 157).

L'ampia ed articolata analisi dei divieti e delle procedure di applicazione e l'approfondita ricostruzione delle origini storiche del diritto europeo della concorrenza segnalano il volume qui recensito come un importante strumento di studio e consultazione sia per chi si avvicina al diritto *antitrust* sia per i cultori della materia.

Giada Ceridono

Jeremy Rifkin, *Il sogno europeo*, Segrate, Mondadori, 2004, pp. 456, €18,50

L'Autore è noto per i suoi libri controcorrente. Anche questo lo è, soprattutto per gli Americani.

Il libro ha pregi e difetti. Cominciamo dai difetti.

La dimensione del libro è eccessiva e la dispersione dell'indagine su una

quantità così vasta di argomenti finisce per annacquare le parti che contengono spunti indubbiamente interessanti. Appare evidente che la vastità dell'indagine è dovuta, da un lato, alla preoccupazione dell'Autore di far sfoggio di cultura e, dall'altro lato, alla facilità con cui *internet* permette la consultazione delle più diverse banche dati.

Qualcuno ha in effetti osservato che se l'Autore si fosse limitato a scrivere delle cose che conosce bene, il libro avrebbe guadagnato moltissimo in efficacia e organicità.

Detto questo, bisogna però ammettere che *Rifkin* ha centrato l'obiettivo. Il mondo è cambiato e gli schemi del passato non servono più per risolvere i problemi di oggi. Questo vale anche per gli Stati Uniti d'America.

L'intento di *Rifkin* di contrapporre il "sogno americano" al "sogno europeo", elogiando quest'ultimo rispetto al primo, non è però del tutto riuscito. Se il "sogno americano" è stato all'origine degli schemi del passato, non direi proprio che gli schemi necessari per risolvere i problemi di oggi nascano da un "sogno europeo".

Alla base del sistema istituzionale creato in Europa, che riscuote l'ammirazione di *Rifkin*, non vi è alcun "sogno europeo", ma un'idea geniale di pochissimi personaggi illuminati che, per realizzarla, hanno dovuto lottare strenuamente contro l'ostilità o, nel migliore dei casi, contro l'indifferenza dei popoli dei Paesi europei.

Quel che *Rifkin* attribuisce al sogno europeo è semplicemente il risultato prodotto dal funzionamento dei meccanismi, adottati nel modo giusto al momento dell'avvio, che sono stati continuamente messi a punto nel corso dei decenni in base all'esperienza e grazie alla ragionevole disponibilità dei soggetti coinvolti.

Valutando il libro di *Rifkin*, nel corso di una conferenza tenuta recentemente in Svizzera, si è dovuto convenire con i colleghi svizzeri che vi sono notevoli analogie tra il sistema istituzionale elvetico e quello dell'Unione europea.

Anche in Svizzera, come nell'Unione europea, non c'è un Governo da far cadere né una maggioranza da sconfiggere. Il sistema svizzero non prevede un *premier* e neppure un vero Governo in quanto nel Consiglio federale siedono sia i partiti della maggioranza sia quelli dell'opposizione. È certamente un *monstrum* sotto il profilo costituzionale, ma funziona e gli Svizzeri sono contenti di far parte del loro Paese che è formato da cittadini di culture diverse che praticano lingue diverse e religioni diverse. È un meccanismo istituzionale che è riuscito ad attenuare l'aggressività degli uomini politici e ad attutire i motivi di conflitto fra i partiti.

In modo analogo ha funzionato (e funziona) il sistema istituzionale europeo, con i risultati analizzati in altri scritti¹. Ma i risultati resi possibili dal

¹ Cfr. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'Unione politica*

sistema istituzionale europeo sono stati di regola ottenuti nei settori tecnico-giuridico e socio-economico perché in questi settori lo scontro tra gli interessi in conflitto poteva (e può) trovare una adeguata soluzione grazie alla pratica del «dissenso ragionevole» che sta alla base del sistema.

Questi risultati potrebbero invece non essere più raggiungibili se lo scontro dovesse essere fondato su motivazioni ideologico-religiose strumentalizzate da gruppi fondamentalisti che perseguono obiettivi politici ben mirati.

Per questo occorre prestare molta attenzione al modo in cui avverranno i futuri ampliamenti dell'Unione europea².

Volendo ora concludere sul libro di *Rifkin*, è da consigliarne indubbiamente la lettura tanto agli euroscettici quanto agli euroentusiasti. Il libro può infatti servire a ridimensionare le posizioni eccessive di entrambi.

Fausto Capelli

dell'Europa, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss. nonché ID., *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

² Cfr. F. CAPELLI, *Confessioni religiose ed integrazione europea tra pluralismo e multiculturalismo*, *supra*, p. 179 ss.

Libri ricevuti nell'anno 2004

(con riserva di recensione)

- AA. VV.**, *Governare l'acqua - Difesa del territorio, qualità, tutela, servizi - Emergenze regionali e confronti europei*, Pordenone, Edizioni Concordia Sette, 2004
- AA. VV.**, *L'Adriatico - Mare di scambi tra oriente e occidente*, Pordenone, Edizioni Concordia Sette, 2003
- AA. VV.**, *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLIX Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2004
- AA. VV.**, *Nuova Europa - Problemi e rischi*, Pordenone, Edizioni Concordia Sette, 2003
- AA. VV.** (Barazzetta A. - Conte G. A. - de Salvia M. - Iuzzolino G. - Lang A. - Mambriani A. - Panebianco M. - Poggi F. - Viarengo I.) a cura di Pedrazzi M., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004
- AA. VV.**, a cura di Matteini Chiari S. - Allegrucci F. - Antonioli F. - Baldinelli G., Fiorucci C. - N. F. Oderisi - Matteini Chiari M. E. - Marchetti M. L., Minelli G. - Monacelli M. - Piergentili C. - Rosimini C. - Santioni L. - Severini G., *Ambiente e impresa, Atti del Convegno nazionale di Gubbio, 22-23 novembre 2002*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2004
- Baldini S. - Ravasi G.** (a cura di), *Humanitarian Action and State Sovereignty – Refugees: a continuing challenge*, Milano, Edizioni Nagard, 2003
- Bertucci G. - Cogliandro G.** (a cura di), *Globalization ad new challenges of public finance - Globalizzazione e nuove sfide della finanza pubblica*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2004
- Borghesi P.**, *L'agricoltura nel Trattato di Marrakech - Prodotti agricoli e alimentari nel diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2004

- Boschiero N.** (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici, Atti dell'VIII Convegno di Verona, 26-27 giugno 2003*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004
- Calamia A. M.**, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004
- Calvano R.**, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004
- Campiglio C.**, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2004
- Chiarloni S.** (commentario diretto da), *Il nuovo processo societario - D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 - artt. 2378, 2409 e 2471 c.c.*, Bologna, Zanichelli, 2004
- Condinanzi M. - Lang A. - Nascimbene B.**, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2003
- Correra C.**, *Disciplina giuridica dei prodotti alimentari - Sicurezza, igiene e qualità - Commento della legislazione nazionale e comunitaria ed orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004
- Cottino G. e Bonfante G. - Cagnasso O. - Montalenti P.** (commentario diretto da), *Il nuovo diritto societario - d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 - d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)*. Vol. I: artt. 2325-2409 c.c.; vol. II: artt. 2409 bis-2483 c.c.; vol. III: artt. 2484-2548 c.c., norme di attuazione, disciplina processuale, artt. 2621-2641 c.c., Bologna, Zanichelli, 2004
- Daniele L.**, *Diritto dell'Unione europea (dal piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa)*, Milano, Giuffrè, 2004
- Daniele L. - Amadeo S. - Schepisi C.**, *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali - Controllo comunitario e prassi interne*, Milano, Giuffrè, 2003
- Della Valle E.**, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2001
- Draetta U. - Parisi N.** (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale, Il diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 2003
- Eustacchio A.**, *Produkthaftung - Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Wien - Graz, NWV, Neuer Wiss Verl., 2002
- Ghidini G. - Gambino A. M. - De Rasis C. - Errico P., Faruffini di Sezzadio F. - Lazzaretti A.**, *La pubblicità ingannevole - Commento sistematico alla normativa vigente*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2003
- Ghidini G. - Cavani G. - Di Porto F. - Falce V. - Mergati M. - Panucci M. - Tajana A.**, *L'antitrust italiano - Le regole della concorrenza*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2003
- Grasso G. - Sicurella R.**, *Il Corpus Juris 2000 - Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè, 2004

- Indovino Fabris F.**, *Legislazione turistica (norme, letteratura, giurisprudenza)*, Padova, Cedam, 2004
- Mastroianni R.** (a cura di), *Il "falso in bilancio" tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004
- Moavero Milanesi E.**, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004
- Morigi P.**, *Il controllo di gestione nella pubblica amministrazione locale. Come impostarlo ed essere competitivi in uno scenario europeo*, III edizione, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004
- Neri A.**, *La questione alimentare, Selezione dei "fondi" nel decennale di Alimenta*, Milano, Edizioni Scienza e Diritto, 2004
- Nihoul P.** (sous la coordination de), *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence - Un rôle accru pour le praticien?*, Bruxelles, Bruylant, 2004
- Nunin R.**, *Il dialogo sociale europeo - Attori, procedure, prospettive*, Milano, Giuffrè, 2001
- Ortino F.**, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade – A comparative analysis of EC and WTO law*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004
- Rapelli V.**, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004
- Rocco G.**, *Come redigere un contratto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2004
- Rossi L. S.** (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione - Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004
- Sacerdoti G.** (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anti-corruzione – Dalla Convenzione OCSE 1997 al Decreto n. 231/2001*, Milano, Egea, 2003
- Schwarze J. - Weithrecht A.**, *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004
- Tufano M. L.** (a cura di), *Cantiere Europea - Le riforme istituzionali dell'Unione, Atti del Convegno di Napoli, 6-7 giugno 2003*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004
- Vedaschi A.**, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano, Giuffrè, 2001
- Venturini G.**, *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, Giuffrè, 2004

ARTICOLI

PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI E PRINCIPI "COSTITUZIONALI" EURO-NAZIONALI IN MATERIA DI RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E DEL PROCEDIMENTO

Sommario: **1.** *Nuove prospettive di etero-integrazione dell'ordinamento unionistico-comunitario e degli ordinamenti nazionali* - **2.** *Gli artt. II-101 e II-107 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* - **3.** *La ragionevolezza della durata del procedimento (e del processo) nella giurisprudenza comunitaria* - **4.** *Il diritto soggettivo alla ragionevole durata del processo nell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* - **5.** *Oltre il mancato riconoscimento dello status di diritto fondamentale nell'ordinamento italiano: tendenze evolutive* - **6.** *Segue: L'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di equa soddisfazione nei decisa delle Sezioni unite della Corte di Cassazione* - **7.** *Conclusioni: etero-integrazione europea del catalogo italiano dei diritti fondamentali?*

1. Nuove prospettive di etero-integrazione dell'ordinamento unionistico-comunitario e degli ordinamenti nazionali

Nelle nuove prospettive aperte dalla firma del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa con riferimento alla *vexata quaestio* dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da ora CEDU) – che ha trovato, com'è noto, una soluzione nella previsione dell'art. I-9 – appaiono non prive di rilevanza alcune ipotesi di rilettura che potrebbero subire determinati principi generali del diritto comunitario¹. Rilettura sia endo-ordinamentale per effetto

¹ Sui principi generali nel diritto comunitario cfr., tra tutti, F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000 e M. C. CICIRIELLO, *La*

della compiuta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come incorporata nel summenzionato Trattato, sia eso-ordinamentale in ragione di un più significativo loro utilizzo all'interno degli ordinamenti statuali, come testimonia il puntuale richiamo contenuto nell'art. 1 della

Comunità europea e i suoi principi giuridici, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004 nonché F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in questa *Rivista*, 1986, p. 541 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 521 ss.; C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, *ivi*, 1994, p. 957 ss.; G. GAJA, *Identifying the Status of General Principles in European Community Law*, in *Scritti per Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 445 ss. Si vedano anche G. ALPA, *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 1993 e M. P. CHITI, *The role of the European Court of Justice in the Developing of the General Principles of Law and their Possible Codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1995, p. 661 ss.

L'Italia ha ratificato il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa con l. 7 aprile 2005, n. 57 «Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004», in *Guri* n. 92 del 21 aprile 2005, *suppl. ord. n. 70*. L'art. I-9, n. 2 prevede che «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». Siffatto articolo è corredato di una Dichiarazione che si aggiunge al Protocollo relativo all'art. I-9, par. 2 della Costituzione sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. V. in Senato della Repubblica (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Roma, Servizio affari internazionali-Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea, 2004. Sulla *vexata quaestio* dell'adesione della Comunità-Unione europea alla CEDU cfr. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Louvain, Bruylant, 1981; P. UNGARI - M. P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *L'Unione europea e i diritti dell'uomo. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Roma*, LUISS, Roma, 1995 ed inoltre L. FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, p. 347 ss.; F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 5 ss.; B. NASCIMBENE, *Convenzione europea e diritto comunitario*, in *Comunicazioni e studi*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 409 ss.; F. CHALTIEL, *L'Union Européenne doit-elle adhérer à la Convention Européenne des droits de l'homme?*, *RMCUE*, 1997, p. 34 ss.; C. ESCOBAR HERNANDEZ, *Comunidad europea y Convenio europeo de derechos humanos: ¿El fin de una vieja polemica?*, in *Rev. instit. europeas*, 1997, p. 817 ss.; M. DE SALVIA, *L'Unione europea e la Convenzione di salvaguardia. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l'Europa?*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 451 ss.; S. MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté à la CEDH: un problème de compétence ou un problème de soumission?*, *RMCUE*, 1998, n. 414, p. 32 ss.; E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 527 ss.; G. DEMURO, *I rapporti fra Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, n. 1, p. 85 ss. Sulla problematica dell'adesione nella prassi delle istituzioni comunitarie ci permettiamo di rinviare ad A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000 in part. p. 183-188. È noto che con parere n. 2/94 del 1996 (riportato in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 417 ss. con nota a sentenza di G. TIBERI) la Corte di giustizia avesse statuito che «allo stato attuale del diritto comunitario la Comunità non ha competenza per aderire». Sul parere cfr. per tutti: O. DE SCHUTTER - Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés*, in *Cah. dr. eur.*, 1996, p. 555 ss.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 842 ss.; 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. 67 ss.; C. ZANGHÌ, *Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1101 ss.; A. J. WARD, *The Opinion of the Court of Justice Regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights Within the European Union*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1999, n. 3, p. 635-653.

l. 11 febbraio 2005, n. 15 «ai principi dell'ordinamento comunitario» quali ispiratori dell'attività amministrativa². Il tutto senza dimenticare che, a partire dal Trattato di Maastricht (ai sensi dell' art. F n. 2, ora art. 6 n. 2 del Trattato di Nizza), «L'Unione rispetta 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 agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

Quel rapporto biunivoco tra Stati membri e Comunità europea che, nonostante l'assenza nei Trattati comunitari di una norma del tenore dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, ha consentito il ricorso ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», come una costante della giurisprudenza comunitaria, trova oggi un rinnovato impulso nella più forte "circolazione" dei principi generali tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali. Come testimonia la stessa genesi della Carta dei diritti fondamentali, che si avvale di un processo di recezione di un «patrimonio costituzionale comune» agli Stati membri, i principi generali, in quanto frutto di un procedimento induttivo di derivazione dall'insieme delle norme di un dato ordinamento, si connotano, infatti, per l'attitudine ad una doppia rilevanza giuridica sia all'interno dell'ordinamento comunitario che di quello degli Stati membri³.

Dall'etero-integrazione dell'ordinamento comunitario che, nel vuoto normativo, è ricorso a principi-*summa* come quelli comuni agli ordinamenti degli

² Sull'integrazione della Carta dei diritti fondamentali nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa cfr. M. SILVESTRO, *De la Charte des droits fondamentaux de l'UE à la Charte Constitutionnelle*, RMCUE, 2001, p. 660 ss.; F. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 175 ss.; I. PERNICE, *Integrating the Charter of fundamental rights into the Constitution of the European Union*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2003, p. 5 ss.; H. BRUN, *La Charte des droits fondamentaux. De la proclamation politique à la constitutionnalisation formelle*, in *Quelle justice pour l'Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 39 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 73 ss. La legge in tema di «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa» è pubblicata sulla *Guri* n. 42 del 21 febbraio 2005. Non va dimenticato, peraltro, che l'insieme dei principi in tema di procedimento contenuti nella legge n. 241/90 e di quelli elaborati dalla giurisprudenza amministrativa avevano comunque realizzato il risultato di realizzare «un'efficace osmosi con i principi comunitari». Sul punto v. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, II ed., p. 441. Sui principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei cfr., tra tutti, C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 653 ss.; ID., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1037 ss.; J. SCHWARZE, *Judicial Review of European Administrative Procedure*, in *Public Law*, 2004, spring, p. 146 ss. Per una lucidissima ricostruzione dei principi costituzionali dell'ordinamento comunitario e dei principi "non scritti" visti nella loro rilevanza giuridica nell'ordinamento nazionale e nella loro efficacia nel diritto amministrativo nazionale cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, II edizione, p. 18-36.

³ Sul patrimonio costituzionale comune v., fra tutti, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002. Sui valori costituzionali comuni all'Unione europea come "comunità di diritto" cfr. I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 76 ss.

Stati membri all'etero-integrazione degli ordinamenti nazionali che possono (o debbono) utilizzare principi codificati in ambito comunitario?

In una prospettiva di integrazione tra ordinamenti giuridici, sempre più "concorrenti" nella garanzia dei diritti umani, l'indagine si propone di definire i caratteri della ragionevole durata del processo e del procedimento, transitati, nell'ordinamento dell'Unione europea, dallo *status* di principi strutturali di carattere giurisprudenziale a quello di principi normativi se non di veri e propri diritti "fondamentali"⁴. La costituzionalizzazione del fattore tempo (*recitius*: tempo come valore fondamentale del processo e del procedimento) si è compiuta attraverso un *trend* di "normativizzazione" nel quale sono individuabili una pluralità di apporti. Ad esso non sono risultati estranei, come testimoniano i lavori della Convenzione, sia gli apporti della giurisprudenza della CEDU con specifico riferimento all'interpretazione ed applicazione dell'art. 6, par. 1, sia quelli della giurisprudenza comunitaria che, come si dirà *infra*, già riconosceva la ragionevole durata del procedimento (e del processo), sia infine quelli degli Stati membri che, sia pure in maniera diversa, attribuiscono rilevanza giuridica a siffatti principi nei rispettivi ordinamenti⁵.

Principi "costituzionali" del diritto "unionistico-comunitario" ricavabili: *a.* direttamente dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa nella parte in cui codifica i diritti fondamentali dell'Unione europea; *b.* di derivazione ancora eminentemente giurisprudenziale quali principi generali; *c.* come parte

⁴ Esula ovviamente da questa indagine qualsiasi considerazione sulla distinzione tra processo e procedimento in base alle "forme", ai "contenuti" e in base all'atto concreto. Rinviamo alla chiarissima voce di enciclopedia di E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XXXV, 1986, p. 819 ss.

⁵ Con specifico riferimento alle garanzie in materia di ragionevole durata del processo tra ordinamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed ordinamento italiano ci sia consentito un richiamo ad A. DI STASI, *Conflitti e pseudo-conflitti sulla "ragionevole" durata del processo italiano ed europeo*, nella monumentale opera (a cura di) R. COSTI - A. LUMINOSO - C. MIRAGLIA - S. PESCATORE, *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, Giuffrè, 2005, vol. I, in corso di pubblicazione. L'art. 6, par. 1 della Convenzione prevede che «Ogni persona ha diritto ad un' (...) udienza entro un termine ragionevole (...)» (il corsivo è aggiunto). La CEDU è stata ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848. Solo nel 1973 ha accettato le clausole (all'epoca facoltative) relative alla competenza della Commissione ed alla giurisdizione della Corte in materia di ricorso individuale. Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamento italiano cfr., tra tutti V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, Levante, 1992; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2001; S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001; B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002. V. inoltre, con riferimento alla dottrina dell'ultimo decennio, G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 36-41; M. DE SALVIA, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione, sussidiarietà?*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, p. 24 ss.; G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, n. 2, p. 422; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 55-82.

delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri?⁶ Il che significa che il tempo del processo e del procedimento non può non risultare ascrivibile ad una delle tre categorie menzionate⁷.

2. Gli artt. II-101 e II-107 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa

Com'è noto, all'interno di siffatto Trattato, il principio della ragionevole durata del processo e del procedimento è stato "costituzionalizzato" nel più ampio quadro di un'idea europea di Costituzione e di diritto alla giustizia⁸. È altresì risaputo che anche nell'ordinamento "unionistico-comunitario", ad onta di una significativa giurisprudenza in materia, ha incontrato non poche resistenze la qualificazione come "diritto fondamentale" sia del diritto al processo equo (come garanzia principale), sia del *basket* di diritti che ne fanno

⁶ Cfr., per tutti, G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in Associazione Italiana Costituzionalisti, Atti del Convegno di Perugia 1999, 2000, Padova.

⁷ Il presente lavoro, nell'ottica rigorosa del diritto comunitario-unionistico ed europeo, non affronta la questione ben nota agli studiosi di teoria generale del processo circa il ruolo del tempo nel processo (civile, penale e amministrativo). Ciascun processo, invero, per sua stessa natura costituisce il "santuario" del tempo come tutela dell'individuo sia nei procedimenti ad impulso di parte, sia in quelli dove è previsto l'intervento del giudice *ex officio*. Nell'economia di questo scritto non ci si occupa del tempo *nel* processo (decadenze, nullità, termini, ecc.) ma del tempo *del* processo in una prospettiva, per così dire, "esistenzialista" dello stesso. Rinviamo alle seguenti voci di enciclopedia: C. TALICE, *Termine (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIV, p. 221-227; D. GROSSI, *Termine (Diritto processuale civile)*, *ivi*, p. 234-252; A. GIARDA, *Termine (Diritto processuale penale)*, *ivi*, p. 252-263; N. PICARDI - R. MARTINO, *Termini (Diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Treccani, 1994, vol. XXI; F. LIMA, *Termini (Diritto processuale penale)*, *ivi*; V. CAIANIELLO, *Termini (Diritto processuale amministrativo)*, *ivi*.

⁸ Rinviamo a tale proposito a M. PANEBIANCO, *A proposito dell'idea europea di Costituzione e diritto alla giustizia*, in questa *Rivista*, 2002, p. 409-417. Cfr., inoltre, P. BIAVATI, *L'art. 47 della Carta dei diritti e il processo comunitario: spunti dal caso Mannesmannroeren*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 10-19; R. ROMBOLI, *La Giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, 2003, n. 1, p. 9 ss. Con specifico riferimento alla equità ed alla irragionevole durata dei processi cfr. A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2002 nonché B. NASCIBENE - C. SANNA, *L'eccessiva durata dei processi in Italia e le conseguenze a livello europeo*, in *Sociologia del diritto*, 2003, n. 1, p. 121-157; A. CITTARELLO, *La durata ragionevole del processo: criteri di valutazione della "ragionevolezza" elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 145 ss.; C. COCO, *Equa riparazione delle violazioni al principio della ragionevole durata dei processi*, in *Diritto penale e processo*, 2003, n. 3, p. 346 ss.; P. GALLO, *Il danno da irragionevole durata del processo tra diritto interno e giurisprudenza europea*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 841 ss.; B. RANDAZZO, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giurisprudenza italiana ed europea a confronto*, in *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, 2003, n. 1, p. 175-207; V. ESPOSITO, *Il non ragionevole contrasto del giudice italiano con quello di Strasburgo sulla ragionevole durata del processo*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 378 ss.; M. PANEBIANCO, *Diritto alla giustizia e al tempo ragionevole del processo*, in *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier European Law Publishers, 2004, p. 1177-1187. In una prospettiva più ampia v. B. CONFORTI, *Droit communautaire, Charte des droits fondamentaux et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Bulletin des droits de l'homme*, 2002, n. 10, p. 7-14.

parte (tra cui quello alla ragionevole durata del processo, inteso come garanzia addizionale)⁹. Con l'art. II-107 (ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, ad onta di una discutibile tecnica redazionale che unifica nella stessa norma il diritto ad un ricorso effettivo ed il diritto ad un equo processo, la ragionevole durata di questo compare (al comma 2) tra i diritti fondamentali dell'Unione europea, come estrinsecazione dello stesso diritto (fondamentale) dell'individuo alla giustizia¹⁰.

Rispetto alla ragionevolezza del termine del procedimento è rimarchevole che, nell'art. II-101 (ex art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) dello stesso Trattato, essa assurga (nel numero 1) a carattere o componente del «Diritto ad una buona amministrazione» laddove siffatta «buona amministrazione» cessa di essere legata a meri criteri di «buona organizzazione» connotando un vero e proprio diritto¹¹. Un diritto di «ogni persona» –

⁹ Sulla giurisprudenza in materia si veda *infra* il par. 3.

¹⁰ L'art. II-107, rubricato come «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» recita: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e *entro un termine ragionevole* da un giudice indipendente e imparziale (...)» (il corsivo è aggiunto). Nel corso dei lavori preparatori della Carta la prima versione del testo (Nota del *Presidium* del 15 febbraio 2000) prevedeva due articoli di cui uno dedicato al diritto di ricorso effettivo e l'altro al diritto all'equo processo ricomprensivo della ragionevolezza del termine. Cfr., nell'ambito di una più ampia trattazione, M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali (annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana)*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 417-455 e L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO - A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali (commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti)*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 78-188 e in part. p. 186.; M. D'AMICO, *Art. 47*, in AA. VV., *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 319 ss. Con specifico riferimento alle ricadute nel processo civile v. N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, n. 4, p. 1172 ss. Nella giurisprudenza italiana, sia pure in assenza di una vincolatività giuridica della Carta dei diritti fondamentali, l'art. 47 della stessa è stato oggetto di frequenti richiami. Si veda, tra tutti, (nella sentenza della Corte di appello di Roma-Sezione lavoro dell'11 aprile 2002) il triplice richiamo a tale norma nei *consideranda* della Corte. Più precisamente, con riferimento alla Carta, in essa si sottolinea che «la Carta dei diritti, anche se non ancora inserita nei Trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei tanto che è costantemente richiamata negli atti degli organi europei (...)». La necessità di ricorrere alla tutela del diritto ad un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 della Carta di Nizza, emerge anche nella decisione del 23 febbraio 2004, n. 67 del Tribunale amministrativo delle Marche.

¹¹ L'art. II-101 prevede: «1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed *entro un termine ragionevole* dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione (...)» (il corsivo è aggiunto). Sull'art. 41 della Carta cfr. A. ZITO, *Il "Diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 425-444; V. RAPELLI, *La buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID., *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 11 ss. Cfr., nell'ambito di una più ampia trattazione, R. BIFULCO, *Commento all'art. 41*, 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. 284 ss.; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio, cit. supra*, nota 10, in part. p. 386-389 e L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO - A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti*

ad onta della collocazione della norma nel Capo V dedicato alla cittadinanza – contrassegnato da un ambito soggettivo più ampio di quello ipotizzato nella proposta originaria del Mediatore europeo in sede di lavori della *Convention*¹². Un diritto del singolo nei confronti della pubblica amministrazione (e della sua azione), riconosciuto tra i «diritti fondamentali dell'Unione europea», alla luce di una riconsiderazione del tradizionale rapporto tra autorità e libertà se non di parziale superamento della stessa concezione sottesa alla nostra Carta costituzionale che, com'è noto, privilegiava l'esercizio del potere rispetto allo svolgimento di un servizio a beneficio del cittadino¹³. Il tutto al-

fondamentali, cit. supra, nota 10, p. 145-162 e in part. [10]. Sul "fondamento costituzionale" del procedimento amministrativo nel Progetto di Costituzione europea v. J. BARNES, *Procedimiento administrativo e integración europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 1103 ss. Nella giurisprudenza italiana, ad onta della mancata efficacia giuridica della Carta, l'*art. 41* della stessa viene frequentemente richiamato sia pure per escluderne l'applicabilità. Lo testimonia il recente parere del Consiglio di Stato n. 3660/2002, del 9 gennaio 2003. Nel caso di specie, il Collegio ritiene opportuno osservare che l'istanza di essere ascoltato personalmente dal Consiglio di Stato, da parte di un soggetto che abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato, non possa essere accolta, in quanto contrastante con le disposizioni vigenti in materia (...) ». Né può assumere rilievo il principio di buona amministrazione invocato dal ricorrente di cui all'*art. 41* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, il procedimento relativo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pur avendo natura amministrativa, si qualifica come alternativo al ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo, e riprende, dunque, alcuni caratteri propri di quest'ultimo (...). Una simile connotazione del parere sul ricorso straordinario comporta (...) di conseguenza, (che) l'invocato principio di buona amministrazione *ex art. 41* della Carta UE non appare applicabile alla fattispecie in esame poiché, prescindendo dal fatto che l'interessato può, comunque, far presenti le proprie ragioni mediante il ricorso (nel quale prospetta le censure del caso integrabili anche con motivi aggiunti), non è sostenibile che il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario, reso a fini esclusivamente giurisdizionali, possa configurarsi come atto che di per sé rechi "pregiudizio" ad un soggetto amministrato (...). Un richiamo al principio di buona amministrazione garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è presente nella sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 3554 del 3 luglio 2003, con la quale l'autorità giurisdizionale si è pronunciata sul ricorso n. 3453/2002 finalizzato ad ottenere l'annullamento dell'avviso di aggiudicazione con cui la Commissione delle Comunità europee aveva assegnato un appalto di lavori edili. La società ricorrente, nelle memorie alle deduzioni delle controparti, insistendo per l'accoglimento del ricorso, chiedeva (...) il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee, per la risoluzione di diversi quesiti, tra cui quello relativo alla conformità, o meno, della «previsione – art. 28 della direttiva n. 93/97/Cee – che pone a carico dell'amministrazione l'obbligo di invitare e chiedere l'integrazione ovvero il completamento della documentazione ritenuta dall'amministrazione stessa rilevante al fine della partecipazione alla gara d'appalto, ai principi generali di buona amministrazione, cui si ispira la direttiva n. 93/97/Cee e fatti propri dall'*art. 41* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea». Il diritto ad una buona amministrazione sancito dalla Carta di Nizza è stato invocato anche per contestare la validità dell'atto di diniego concernente il rinnovo del permesso di soggiorno, nel corso di un procedimento dinanzi al TAR per il Veneto, da parte di un cittadino marocchino. Più precisamente, con sentenza 25 marzo 2004, n. 844, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto rigetta il ricorso n. 501/04. Il ricorrente, cittadino marocchino (...) contesta la legittimità del provvedimento per violazione degli artt. 3, 7 e 8 della legge n. 241/1990, per violazione della direttiva comunitaria n. 86 del 2003, e dell'*art. 41* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, il TAR, constatando una serie di vicende che, complessivamente considerate appaiono sufficienti per sostenere il giudizio di pericolosità sociale, rigetta il ricorso senza alcun riferimento alla Carta di Nizza.

¹² La richiesta fu avanzata il 2 febbraio 2000 nel corso di un'audizione pubblica, da parte del Mediatore europeo J. SÖDERMAN. Si veda sul punto ID., *El derecho fundamental a la buena administración*, Maiorca, 28 maggio 2001, in <http://www.euro.ombudsman.eu.int>.

¹³ Non è possibile in questa sede dar conto della pluralità degli studi che si sono soffermati sui rapporti tra diritto amministrativo e diritto comunitario. Senza alcuna pretesa di esaustività ci limitia-

l'interno di una norma in cui il riferimento al termine ragionevole si accompagna ad un concetto di equità nell'azione della pubblica amministrazione di incerto rinvenimento nel nostro sistema. Ma anche, per effetto della collocazione dell'art. 41 nel citato Capo V della Carta, con l'arricchimento dello "statuto" del cittadino dell'Unione europea di un complesso di diritti di più spiccato carattere amministrativo nel più ampio quadro dell'assunzione della cooperazione amministrativa a materia di interesse comune (art. III-285) laddove, com'è noto, l'ordinamento comunitario conosceva solo una nozione speculare a quella utilizzata nella Carta: quella di «cattiva amministrazione» quale ambito oggettivo di competenza del Mediatore europeo (art. 195 TCE)¹⁴. Non è, peraltro, sprovvista di significato la circostanza che anche l'inciso riguardante la ragionevolezza dei tempi del procedimento (al pari di quello relativo alla ragionevolezza dei tempi del processo) sia presente fin dalla prima versione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea testimoniando una compiuta ed univoca volontà di normativizzare siffatto principio prima da parte della Convenzione e poi della Conferenza¹⁵.

È appena il caso di precisare che, nelle more del perfezionamento della formale adesione dell'Unione europea alla CEDU – che postula, peraltro, la modifica della stessa Convenzione nonché la soluzione di alcuni delicati problemi teorico-pratici – rimanga aperta la discussione sulla rilevanza delle norme convenzionali (ed in particolare dell'art. 6, par. 1), a giudizio di parte della dottrina "comunitarizzate" nell'ordinamento dell'Unione europea o «significativa manifestazione di un raccordo tra il sistema comunitario con quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»¹⁶.

mo a indicare, tra tutti: M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997, voll. 3; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo*, cit. supra, nota 3; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, II ed. Nella prospettiva di «una falsa distinzione e di una alternativa semplificatrice» cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e Diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 1135 ss.

¹⁴ È noto che fino ad epoca recente il principio di buona amministrazione sia stato sostanzialmente ignorato dalla dottrina che, il più delle volte, si è limitata ad una mera enunciazione dello stesso senza corredarla di contenuti (si veda L. ORTIZ BLANCO, *European Community Competition Procedure*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 10) oppure pervenendo alla sua sostanziale negazione (H. P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, Hart, 1999, p. 37). Con riferimento allo "spazio" del diritto amministrativo europeo nel Progetto di Costituzione europea cfr. J. B. AUBY, *Le projet de Constitution européenne et le droit administratif*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 1089 ss. Si veda M. P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 303 ss.

¹⁵ Sia pure preceduto dall'avverbio *nonché* che è stato eliminato nella versione finale del testo. Per le tre versioni della norma cfr. M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio*, cit. supra, nota 10, nella sezione riguardante i lavori preparatori. È degno di menzione che, nella Nota del *Presidium* relativa all'art. 41 della Carta, sia richiamato il ruolo della giurisprudenza «che ha sancito segnatamente il principio di buona amministrazione» nel più ampio quadro della Comunità europea come «comunità di diritto».

¹⁶ Sostiene la "comunitarizzazione" della CEDU M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali ed influenza del diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, p. 508. Sull'art. 6, par. 1 quale espressione di tale raccordo (con riferimento alla

Siffatto "raccordo" emerge chiaramente nel riferimento, nel n. 3 dell'art. II-112 del Trattato costituzionale, ad una categoria di «diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Proprio attraverso tale riferimento i redattori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea hanno sottolineato il forte collegamento tra i due sistemi normativi con la previsione che «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» senza, peraltro, pregiudicare una più ampia protezione concessa dal diritto dell'Unione (principio della miglior tutela o *better rule*). Il tutto all'interno di una norma che, modificando la rubrica dell'art. 52 della Carta aggiunge il riferimento alla «portata e interpretazione», oltre che dei diritti, anche dei principi (*alias* dei principi regolatori dei diritti fondamentali) e prevede, nel n. 5, le modalità di attuazione delle «disposizioni della Carta che contengono dei principi».

Occorre, peraltro, rilevare che l'art. 47 (par. 2 e 3) è tra le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, ai sensi delle c.d. Spiegazioni all'art. 52 (art. II-112 del Trattato), presentano «significato identico agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma la cui portata è più ampia»¹⁷. In altri termini la corrispondenza con l'art. 6, par. 1 della CEDU va intesa nel senso che «la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione» (*overlapping* dei diritti fondamentali del Trattato costituzionale rispetto agli stessi come regolati dall'art. 6, par. 1).

Alla luce di siffatti dati normativi contenuti nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa la disamina della giurisprudenza della Corte di Strasburgo applicativa dell'art. 6, par. 1 nelle sue ricadute nell'ordinamento italiano, in senso "normativo-giurisprudenziale", fornisce un utile ausilio per la definizione dei *finis* della ragionevole durata del processo nell'ordinamento dell'Unione europea. L'ulteriore utilizzabilità di siffatta giurisprudenza anche rispetto alla ragionevole durata del procedimento riposa, poi, nell'uso estensivo operato dalla stessa Corte di Strasburgo con riferimento all'art. 6, par. 1 ritenuto idoneo a riferirsi a qualsiasi tipo di procedura produttiva di effetti sui diritti di carattere privato. In particolare l'interpretazione fornita della nozione di "tribu-

pronuncia della Corte di giustizia del 17 dicembre 1998 di cui *infra*) v. P. MENGOZZI, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003, p. 295.

¹⁷ Non è il caso in questa sede di soffermarsi sul significato da attribuire alle cosiddette «Spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *Presidium* della Convenzione e aggiornate sotto la responsabilità del *Presidium* della Convenzione europea» da utilizzarsi quali «regole d'interpretazione autentica» della parte II del Trattato da parte dei giudici dell'Unione e degli Stati membri. Esse, in un rapporto di stretto collegamento con il momento applicativo del Trattato costituzionale, vengono elevate a «fonti interpretative» da utilizzare per dirimere eventuali questioni relative all'interpretazione o attuazione della Carta e, quindi, in funzione di delimitazione del campo di applicazione della stessa, come incorporata nel Trattato.

nale" atta a ricomprendere anche organi amministrativi e l'estensione del «diritto di carattere civile» a fattispecie ultra-privatistiche, nel testimoniare l'avvenuta incorporazione dei principi generali in materia di giusto procedimento nell'*acquis* comunitario, giustifica, a nostro avviso, la prospettiva ricostruttiva utilizzata in questo scritto¹⁸. Consente inoltre di anticipare le conclusioni del presente lavoro nel senso che la garanzia del più ampio diritto alla giustizia "allarghi" la prospettiva tradizionale dal tempo *nel* processo al tempo *del* processo con la valutazione di ciascuna sequenza di atti del processo o del procedimento nel loro risultato complessivo, favorevole o sfavorevole al cittadino di fronte alla giurisdizione o all'amministrazione.

3. La ragionevolezza della durata del procedimento (e del processo) nella giurisprudenza comunitaria

Ancor prima della previsione normativa, nell'ordinamento dell'Unione europea, di un "diritto fondamentale" di "ogni persona" a che «la sua causa sia esaminata entro un termine ragionevole» e a che «le questioni che la riguardano siano trattate entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione» il principio di ragionevolezza nella durata del procedimento (e del processo) risultano, com'è noto, pacificamente riconosciuti nella giurisprudenza sia della Corte di giustizia che del Tribunale di primo grado¹⁹. Il tutto come corollario di uno dei principi attraverso i quali i giudici comunitari hanno proceduto all'integrazione del diritto comunitario e cioè il principio di effettività di tutela delle situazioni soggettive attribuite dallo stesso diritto comunitario²⁰.

Invero, con specifico riferimento alla politica della concorrenza, «il rispetto di un termine ragionevole nella gestione dei procedimenti amministrativi (...) rappresenta un principio generale del diritto comunitario del quale il giudice comunitario garantisce l'osservanza» (così sentenza del Tribunale di primo grado del 13 gennaio 2004 che richiama una significativa giurispru-

¹⁸ È appena il caso di rilevare che la transizione della ragionevole durata del processo e del procedimento, nell'ordinamento dell'Unione europea, da principio generale del diritto a diritto fondamentale visto con riferimento all'ordinamento italiano non modifica il già preesistente obbligo di disapplicazione di norme italiane che fossero incompatibili con regole generali così come ricavate in via interpretativa dalla Corte di giustizia.

¹⁹ Per la dottrina cfr., tra tutti, P. MANZINI, *Sull'irragionevole durata delle procedure comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 493 ss.; P. PALLARÒ, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2000, p. 493 ss. Con riferimento all'incisività, nel sistema giudiziario europeo, dei principi contenuti negli atti internazionali in materia di garanzie processuali cfr. L. P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 153 ss.

²⁰ Si rinvia sul punto a P. MENGOZZI, *Istituzioni di Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 16, p. 267 ss.

denza in materia oltre all'art. 41 della Carta)²¹. All'interno di più risalenti pronunce della Corte di giustizia la ragionevole durata del termine è stata ricondotta, in svariate ipotesi, al principio della certezza del diritto: con riferimento al termine di decadenza ai fini di un ricorso in carenza (sentenza del 6 luglio 1971); come termine dato alla Commissione per pronunciarsi in materia di compatibilità di aiuti statali notificati (sentenza dell'11 dicembre 1973); al fine di stabilire gli effetti *ex nunc* della sentenza di annullamento di un atto o della sentenza pregiudiziale da cui derivi l'illegittimità di una normativa nazionale (sentenza dell'8 aprile 1976)²². Se, in una prima fase, i giudici comunitari hanno respinto reclami fondati sul richiamo espresso all'art. 6 della CEDU con riferimento all'applicabilità, da parte della Commissione, delle garanzie processuali desumibili da tale norma successivamente tale posizione ha registrato una timida inversione di tendenza sia pure sulla base dell'esclusione della necessità di richiamare il citato articolo in ragione dell'esistenza, nell'ordinamento comunitario, di un principio di portata assimilabile a quello convenzionale²³.

Nella giurisprudenza comunitaria i criteri logico-giuridici utilizzati per la valutazione di congruità dei tempi del procedimento risultano sostanzialmente coincidenti con quelli utilizzati dalla Corte di Strasburgo rifacendosi, in linea generale, ad una concezione non solo quantitativa ma anche qualitativa del *tempus*²⁴. Essi riposano infatti sulla considerazione «delle circostanze proprie di ciascun caso di specie e, in particolare, della rilevanza della controversia

²¹ La sentenza (*JCB Service c. Commissione*) è della prima sezione del Tribunale di primo grado e il punto richiamato è il n. 36. Con riferimento all'esigenza di conclusione di un procedimento entro un termine ragionevole con specifico riguardo alla repressione delle pratiche anticoncorrenziali v. la sentenza del Tribunale di primo grado del 6 luglio 2000, *Volkswagen AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 5171, punti 317 e 337. Molto interessanti appaiono le Conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo (punto 83) nel caso *DSM NV e DSM Kunststoffen BV c. Commissione* (v. in sito <http://www.europa.int>) che sottolinea come il fatto di richiedersi che l'amministrazione prenda posizione entro un termine ragionevole sia "già acquisito" nel diritto comunitario e correda tale affermazione sulla base di numerosi esempi.

²² La sentenza *Paesi Bassi c. Commissione* del 6 luglio 1971 è riportata in *Raccolta*, 1971, p. 639; la sentenza *Lorenz* dell'11 dicembre 1973 è in *Raccolta*, 1973, p. 1471; la sentenza *Defrenne I* dell'8 aprile 1976 è in *Raccolta*, 1976, p. 455.

²³ Per il primo orientamento si vedano le seguenti sentenze della Corte: *Van Landewyck* del 29 ottobre 1980, in *Raccolta*, 1980, p. 3125, punto 81; *Musique Diffusion Française* del 7 giugno 1983, in *Raccolta*, 1983, p. 1825, punti 7 e 8 nonché la sentenza del Tribunale di primo grado *Shell* del 10 marzo 1992, in *Raccolta*, 1992, II, p. 757, punto 39. Per l'orientamento successivo v. la sentenza della Corte *Orkem c. Commissione* del 18 ottobre 1989, in *Raccolta*, 1989, p. 3283, punti 33-34 e quella del Tribunale *SCK e FNK c. Commissione* del 22 ottobre 1997, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1739, punto 56.

²⁴ La problematica relativa alla misurazione dei tempi processuali è stata oggetto, come si dirà *infra*, di fortissima attenzione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Tra tutte ci limitiamo a citare, per la loro significatività, le sentenze *Phocas c. Francia* del 23 aprile 1996, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, II, p. 546, par. 71 e *Doustaly c. Francia* del 23 aprile 1998, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 618, par. 39. Si veda al riguardo M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000 nonché C. RUSSO - P. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2000.

per l'interessato, della complessità del caso in esame nonché del comportamento del ricorrente e di quello delle autorità competenti» (come sottolinea la Corte nella sentenza del 15 ottobre 2002 di parziale annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado del 20 aprile 1999)²⁵. Costituisce pertanto elemento di valutazione della ragionevole durata della procedura l'importanza della controversia per il ricorrente e delle conseguenze che l'eccessiva lentezza ha prodotto sulla base di una nozione ampia di «posta in gioco» cui si riferisce, dalla fine degli anni '70, in maniera costante la Corte di Strasburgo²⁶. Con il richiamo alla complessità del caso si intende far riferimento agli aspetti della procedura, di fatto e di diritto, oggetto di valutazione da parte della Corte (numero delle parti processuali e dei testimoni, difficoltà ad ottenere determinate prove, incertezza giurisdizionale su di un punto di diritto, ecc.). Ulteriori elementi di valutazione sono la condotta del ricorrente riguardo alla sussistenza di un atteggiamento di ordinaria diligenza e collaborazione nello svolgimento del procedimento ed il comportamento delle autorità competenti parametrato sulla base dell'eventuale negligenza o passività delle autorità giudiziarie.

Nella sentenza del 17 dicembre 1998 la Corte di giustizia, dopo essersi riferita all'art. 6, par. 1 ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia ed aver richiamato i suoi più recenti *decisa* in materia di diritti fondamentali, ha parzialmente annullato una sentenza del Tribunale di primo grado in ragione della circostanza che la durata della procedura presentava i caratteri dell'irragionevolezza. È degno di nota che la Corte comunitaria, nell'analizzare la fattispecie sulla base dei succitati criteri, sottolinei come il rispetto dei principi generali del diritto comunitario ricomprenda anche il diritto «ad un processo equo ed in particolare il diritto ad un processo entro un termine ragionevole»²⁷.

²⁵ Ci riferiamo alla sentenza del Tribunale di primo grado *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 931 ed alla sentenza della Corte di giustizia *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 8375. Quanto ai criteri di valutazione della ragionevolezza del termine nella sentenza del Tribunale di primo grado del 19 marzo 1997 *Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira SA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 381, la mancata osservanza di un termine ragionevole, nel determinare una «violazione del principio della certezza del diritto» viene dedotto dalla ricorrente come uno dei motivi del ricorso di annullamento. Come viene sottolineato nella massima della stessa sentenza la ragionevolezza del termine (di un'istituzione comunitaria di dare esecuzione ad una sentenza di annullamento pronunciata dal giudice comunitario) non può non essere commisurata alla «natura dei provvedimenti da adottare nonché dalle circostanze contingenti del caso di specie, in particolare delle varie fasi che il procedimento di decisione ha comportato». Nella sentenza del 22 ottobre 1997, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1739 sempre il Tribunale di primo grado aggiunge, ai fini della valutazione della congruità dei tempi del procedimento, agli elementi indicati nella sentenza precedente anche quelli «della condotta delle parti nel corso del procedimento, della complessità della pratica, nonché degli interessi delle parti nella contesa».

²⁶ Si veda la sentenza del 28 giugno 1978, *König c. RFT*, in <http://cmiskp.echr.coe.int>.

²⁷ Si trattava della causa n. C-185/95, *Baustahlgewebe c. Commissione*. V. in *Raccolta*, 1998, I, p. 8417 e in questa *Rivista*, 2000, p. 487 ss. La Corte afferma: «Il principio generale di diritto comunitario in forza del quale ogni persona ha diritto ad un processo equo, che si ispira a tali diritti

Non é possibile, peraltro, non rimarcare come proprio la necessità di adeguata considerazione "atomistica" di ciascuna fattispecie sottragga al *corpus* dei criteri indicati nella copiosa giurisprudenza in materia qualsiasi carattere di assolutezza rendendo impossibile una sorta di "predefinizione" astratta del segmento temporale di ragionevolezza di una procedura amministrativa (o giurisdizionale) come si precisa nella citata sentenza del 15 ottobre 2002²⁸. Ne deriva, utilizzando le parole del Tribunale di primo grado, che il superamento del termine ragionevole per la conclusione di un procedimento «non giustifica un annullamento automatico della decisione impugnata» (sentenza del 13 marzo 2003)²⁹.

Significativo é, parimenti, il collegamento che emerge nella giurisprudenza comunitaria tra ragionevole durata del procedimento e violazione dei diritti della difesa laddove solo questa violazione legittima all'annullamento del provvedimento affetto dal primo vizio (così la già citata sentenza della Corte del 20 aprile 1999 non riformata sul punto dalla sentenza del 15 dicembre 2002 ma anche la sentenza del Tribunale di primo grado del 13 gennaio 2004)³⁰.

Quanto alla definizione della congruità nella durata del procedimento è appena il caso di precisare che se normalmente la ragionevolezza va considerata come non eccessiva lunghezza, nondimeno essa può rilevare anche come non eccessiva brevità del termine idoneo a consentire il rispetto del principio di effettività del diritto comunitario (sentenza della Corte del 17 giugno 2004)³¹.

La breve sintesi degli argomenti utilizzati nella giurisprudenza comunitaria in materia di ragionevole durata del procedimento (e del processo) non può far trascurare la rilevanza che, anche in questo ambito, ha esercitato una fonte esterna all'ordinamento comunitario quale la CEDU (ed in particolare

fondamentali (...). E in particolare il diritto a un processo entro un termine ragionevole si applica nell'ambito di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione della Commissione che infligge ammende a un'impresa per violazione del diritto della concorrenza». Per un commento alla sentenza che è stata, peraltro, oggetto di ampia discussione in dottrina v. P. MENGOZZI, *Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes et la protection juridique des particuliers*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 181 ss.; A. TIZZANO, *Durata "ragionevole" dei processi comunitari e problemi di convivenza a Lussemburgo*, *ivi*, p. 174 ss.; P. PALLARO, *Il diritto all'equo processo*, *cit. supra*, nota 19, in part. p. 500 ss. La sentenza del Tribunale di primo grado parzialmente annullata era del 6 aprile 1995. V. in *Raccolta*, 1995, II, p. 987.

²⁸ In particolare punto 187.

²⁹ La sentenza attiene al caso *José Martí Peix SA c. Commissione*. V. in *Raccolta*, 2003, II, punto 102 ss.

³⁰ In particolare nella sentenza del 20 aprile 1999 si sottolinea che quando non è dimostrato che un lasso di tempo eccessivo abbia pregiudicato la capacità delle imprese interessate di difendersi in modo efficace l'inosservanza del principio del termine ragionevole non incide sulla validità del procedimento amministrativo e può quindi considerarsi solo come un motivo di pregiudizio invocabile dinanzi al giudice comunitario nell'ambito di un ricorso ex art. 178 e 215, secondo comma.

³¹ Si tratta di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal Tribunal de Primeira Instancia de Lisboa nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Recheio-Cash & Carry SA e Fazenda Pública, Ministério Público*.

l'art. 6, par. 1) nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo³². Sia pure attraverso un processo di adattamento alla specificità ed autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea si è verificata, infatti, la recezione di alcune garanzie processuali desumibili da tale norma tra i principi generali del diritto comunitario. Lo testimonia il richiamo, presente in alcune pronunce sia della Corte che del Tribunale, proprio all'inciso sulla ragionevolezza dei tempi del processo contenuto nell'art. 6, par. 1 della CEDU sia con riferimento ai procedimenti davanti agli organi giurisdizionali nazionali (sentenza della Corte del 19 dicembre 2003), sia con riferimento alla durata del procedimento amministrativo comunitario (sentenza del Tribunale di primo grado del 22 ottobre 1997) laddove, nella sintesi degli argomenti delle parti, si prevede che «La Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe dichiarato che un termine di 17 mesi non poteva considerarsi ragionevole». D'altra parte esiste giurisprudenza abbastanza consolidata nel senso che i diritti di cui agli artt. 6 e 13 della CEDU vincolano le istituzioni comunitarie in quanto principi generali di diritto comunitario³³.

Alla luce di queste considerazioni la compiuta definizione della ragionevolezza della durata del procedimento (e del processo), nell'attuale fase di transizione da principio giurisprudenziale a principio normativo, – come collaudata dal disposto del citato art. II-112 – può utilmente avvalersi di una copiosa prassi interpretativa ed applicativa relativa all'art. 6, par. 1 della CEDU, visto anche nelle sue proiezioni-interrelazioni con l'ordinamento italiano. Siffatto metodo d'indagine trova, peraltro, ulteriore conferma nel preciso richiamo, contenuto nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali, al diritto giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che costituisce uno degli elementi del carattere recettizio o ricognitivo della stessa Carta³⁴.

³² Sul punto v. B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, p. 421 ss.

³³ V. sentenze della Corte di giustizia: 15 maggio 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651 ss., punto 18; 17 dicembre 1998 in causa n. C-185/95, *Baustahalgewebe GmbH c. Commissione*, *cit. supra*, nota 27, punto 21; 27 novembre 2001 in causa n. C-424/99, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2001, p. 9285 ss., punto 45.

³⁴ Sul "valore giuridico" della Carta cfr., nel quadro di una smisurata letteratura, G. CONETTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1163 ss.; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio*, *cit. supra*, nota 10, *Introduzione*, in particolare par. 3; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1723-1737. Molto interessante appare la raccolta di giurisprudenza "interpretativa e/o applicativa" della Carta, ad opera di giudici comunitari e nazionali, elaborata da A. CELOTTO - G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale) 2001-2004*, in *Giur. it.*, 2005, p. 427-440.

4. Il diritto soggettivo alla ragionevole durata del processo nell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Il più volte citato art. 6, par. 1 della CEDU, nel prevedere il diritto di «ogni persona a che la sua causa sia esaminata (...) entro un termine ragionevole» attribuisce alla congruità (*rectius*: ragionevolezza) dei tempi il carattere di componente essenziale del «diritto ad un processo equo», come indica la rubrica della stessa norma³⁵. È appena il caso di sottolineare che la collocazione dell'inciso relativo alla ragionevolezza del termine nel più ampio quadro del primo paragrafo della norma rende tale previsione di necessaria armonizzazione con le altre garanzie previste e, *in primis*, il diritto ad una procedura in contraddittorio idonea a preservare gli «interessi delle parti e di quelli di una buona amministrazione della giustizia»³⁶. In conformità di giurisprudenza costante della stessa Corte europea «l'importanza che si annette ad una giustizia che non sia amministrata con ritardi tali da comprometterne l'efficacia e la credibilità» trova garanzia in un diritto soggettivo del singolo azionabile direttamente dalla persona lesa (o vittima della violazione) di fronte ad un organo giurisdizionale³⁷.

Sugli elementi logico-giuridici da considerare ai sensi della valutazione di "ragionevolezza" dei tempi processuali nel segmento temporale compreso tra il *dies a quo* e il *dies ad quem* si è già accennato *supra* con riferimento alla loro pressoché totale coincidenza con quelli presenti nella giurisprudenza comunitaria³⁸.

La realizzazione della ragionevole durata dei processi (nella nozione ampia datane ricomprensiva anche dei procedimenti) non può non realizzare «un'obbligazione di risultato» a carico degli Stati contraenti nel senso, così come ha ripetutamente sottolineato la stessa Corte, dell'obbligo ad organizzare i loro sistemi giudiziari in modo da non rendere una giustizia caratterizzata da ritardi tali da comprometterne l'efficacia e la credibilità³⁹.

Più in generale, attraverso la previsione dell'art. 1 della CEDU, ciascuna Parte contraente ha riconosciuto ad ogni persona soggetta alla sua giurisdizione

³⁵ Sull'art. 6 della CEDU v., per tutti, M. CHIAVARIO, *Art. 6*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit. *supra*, nota 5, p. 154-248; in particolare sulla durata ragionevole del processo p. 207-216 e F. SUDRE, *L'équité, norme conventionnelle. A propos de l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue hellénique des droits de l'homme*, 2004, n. 21, p. 11 ss.

³⁶ Così nella sentenza della Corte europea del 18 febbraio 1997, *Nideröst- Huber c. Svizzera*, in <http://cmiskp.echr.coe.int>, par. 30.

³⁷ Così nella sentenza della Corte europea del 24 ottobre 1989, *H. c. France*, in <http://cmiskp.echr.coe.int>.

³⁸ V. par. 3 e note relative.

³⁹ Così J. C. SOYER - M. DE SALVIA, *Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1992, p. 268.

il catalogo dei diritti garantiti dalla Convenzione come progressivamente ampliato dai Protocolli a carattere sostanziale⁴⁰. Orbene riconoscere significa preferibilmente prevenire le violazioni e significa altresì liberarsi da una costruzione deduttiva che lega la condizione di vittima al danno fino al punto di negare la stessa autonomia di tale nozione. Ma, allorché la violazione si è verificata, lo Stato deve garantire alla vittima della stessa una tutela giurisdizionale che trova come momento indefettibile l'impegno a conformarsi alle sentenze definitive della Corte (art. 46 della CEDU) scegliendo i mezzi da utilizzare per porre fine alla violazione ed eliminarne le conseguenze⁴¹. Il che significa, in via primaria, eliminazione della violazione – *restitutio in integrum* – o, almeno, e solo nel caso di impedimento soggettivo o oggettivo, eliminazione delle conseguenze della violazione e cioè garanzia dell'equa soddisfazione.

In questo senso alla titolarità del diritto consacrato (art. 1) si coniuga la titolarità del diritto al rispetto dell'obbligo assunto (art. 13) laddove la previsione della seconda norma assume, in certo modo, un carattere residuale rispetto all'obbligo primario di organizzazione del sistema giudiziario italiano in maniera da consentirgli di assicurare la ragionevole durata dei tempi processuali⁴².

Quanto alla tipologia dell'obbligo, com'è noto, giurisprudenza costante (a partire dal noto caso deciso dalla Commissione *Austria c. Italia* del 1960) considera gli obblighi convenzionali non già e non solo come un fascio di rapporti sinallagmatici ma invece soprattutto come obblighi oggettivi che beneficino di una garanzia obiettiva⁴³. Peraltro la stessa Corte ha precisato, tra i principi generali d'interpretazione, che l'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo non costituisca un obbligo negativo ma positivo nel senso che lo Stato, rispetto agli obblighi assunti, debba adottare misure ragionevoli ed adeguate

⁴⁰ In una prospettiva di comparazione tra CEDU e Convenzione americana di San José di Costa Rica cfr. T. BUERGENTHAL, *The American and European Convention on Human Rights: Similarities and Differences*, in *AmULR*, 1980, vol. 30, p. 155 ss.; A. ROBERTSON, *The American Convention on Human Rights and the European Convention: A Comparative Study*, in *Annuaire Européen/European Yearbook*, 1981, vol. 29, p. 50 ss.; H. GROSS ESPIELL, *La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative*, in *Recueil des Cours*, 1989, vol. 218, p. 167 ss. Sulla Convenzione americana, nel quadro di un lavoro più ampio, ci permettiamo di rinviare ad A. DI STASI, *Il Sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una internazionale legal tradition*, Torino, Giappichelli, 2004, ed alla bibliografia ivi indicata.

⁴¹ L'art. 46 della CEDU al par. 1 prevede che «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono Parti». Sul punto v., tra tutti, *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, Quaderno n. 7 della *Comunità internazionale* e P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004. Sull'esecuzione delle sentenze con specifico riferimento al *délai raisonnable* cfr. A. CONTE, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione*, cit. *supra*, nota 5, p. 91-100, in part. p. 94-95.

⁴² L'art. 13 prevede che «Ogni persona i cui diritti e libertà riconosciuti nella presente Convenzione fossero violati, ha diritto di presentare un ricorso avanti ad una magistratura nazionale (...)».

⁴³ V. Commissione D788/60, in *Annuaire de la Convention*, 4, p. 117 ss.

per assicurare ai titolari dei diritti riconosciuti la protezione degli stessi (protezione preventiva ma anche successiva o post-giudiziale)⁴⁴. In questo senso la compiuta realizzazione dell'equa soddisfazione per irragionevole durata dei processi assurge a strumento di salvaguardia di quello «statuto individuale» delineato nel sistema convenzionale, accettato dagli Stati attraverso la firma e la ratifica della stessa CEDU e rispetto alla cui garanzia essi debbono porsi ben al di là di un mero obbligo di astensione⁴⁵ nel quadro di una convenzione unica nel suo genere e, pertanto, oggetto di imitazione ed emulazione ma soprattutto ben meritevole di essere "comunitarizzata" nell'ordinamento dell'Unione europea⁴⁶.

5. Oltre il mancato riconoscimento dello status di diritto fondamentale nell'ordinamento italiano: tendenze evolutive

Alla citata "costituzionalizzazione" del diritto alla ragionevole durata del processo e del procedimento nell'ordinamento comunitario non corrisponde un'analoga opzione nell'ordinamento italiano in cui, com'è noto, la traduzione del principio di *Verhältnismässigkeit*, attraverso l'art. 6, par. 1 della CEDU, ha incontrato non poche difficoltà⁴⁷.

È noto che, nella giurisprudenza della Corte costituzionale – pure molto attenta alla congruità dei termini – si era affermato che «La problematica dei tempi processuali recepita all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale aspetto del giusto processo non trova eco nella Carta costituzionale» (sentenza n. 202/1985)⁴⁸. Se parte della dottrina aveva guardato al principio di durata ragionevole del processo come ad una forma di specificazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa tale prospettiva non era stata oggetto di conferma in una giurisprudenza piuttosto risalente (sen-

⁴⁴ Sull'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte europea cfr., nella dottrina italiana, P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998.

⁴⁵ Così, tra le altre, nella sentenza della Corte *Airey c. IRL* del 9 ottobre 1979 (in <http://cmiskp.echr.coe.int>) laddove si afferma che «Un ostacolo di fatto può violare la Convenzione al pari di un ostacolo di diritto (...). Inoltre l'esecuzione di un impegno assunto in base alla Convenzione richiede talvolta misure positive dello Stato; in tal caso quest'ultimo non può limitarsi a rimanere inattivo».

⁴⁶ Ci permettiamo di rinviare ad A. DI STASI, *Lo "statuto" individuale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in D. PIATTELLI (a cura di), *Globalizzazione ed ecumene*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 143-175.

⁴⁷ Su questo punto v. N. PICARDI - R. MARTINO, *Termini*, cit. supra, nota 7, p. 17 che, invero, ritengono l'art. 6 «una specificazione dell'art. 24 della Costituzione».

⁴⁸ La sentenza del 15 luglio 1985 n. 202 è in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 1554. È appena il caso di precisare che l'indagine non intende in alcun modo fornire un'esauriente ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia.

tenze n. 28/1977 e n. 48/1978). In essa l'affermazione che l'interesse alla realizzazione della giustizia, unitamente a quello strumentale alla ragionevole durata del processo, richiedano un coordinamento con il diritto di difesa consentiva di escludere, per la ragionevolezza dei termini, il carattere di componente di quel diritto. Più recentemente la Corte costituzionale ha considerato la ragionevole durata del processo come insita nel diritto, garantito dall'art. 24 della Costituzione, di agire a tutela dei propri interessi e diritti (sentenza n. 388/1999) con una pronuncia che, sebbene resa con riferimento al processo civile, sembrerebbe estensibile anche al processo penale nel quale appare più chiaro il «collegamento funzionale del principio di ragionevole durata con le esigenze di realizzazione della giustizia»⁴⁹.

Con la riformulazione dell'art. 111 della Costituzione per effetto dell'entrata in vigore della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 si è verificata la consacrazione, al secondo periodo del secondo comma dello stesso, dell'impegno, rimesso al legislatore ordinario, di assicurare appunto la «ragionevole durata del processo»⁵⁰. Tuttavia, com'è noto l'art. 111 della Costituzione, come riformato, non individua nella ragionevole durata del processo un diritto individuale, assistito da una garanzia direttamente azionabile ad una sollecita soluzione della controversia⁵¹. Il tutto come naturale prodotto della diversa natura del sindacato esercitabile, in tal caso, dalla Corte costituzionale (in luogo della Corte europea) sotto le vesti di un controllo di costituzionalità in nessun caso idoneo ad incidere sulla durata del singolo processo ma, invece, atto a valutare solo l'eventuale illegittimità costituzionale di norme con il disposto dell'art. 111⁵².

⁴⁹ La sentenza *Ciliberto c. Soc. Ciba Geigy* n. 388 è del 22 ottobre 1999. V. in *Giur. cost.*, 1999, n. 5, p. 2291. Ivi anche le note di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 2997-3001 e di L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma forse con un'inedita apertura*, p. 3001-3011. Per l'estensibilità a fortiori al processo penale cfr. A. SACCUCCI, *Le due "prospettive" della durata ragionevole del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Giur. cost.*, 2002, n. 4, p. 3105-3136, in part. p. 3109, nota (10). Nella prospettiva di agganciare il diritto ad un processo in tempi ragionevoli all'art. 24 comma 1 della Costituzione cfr. M. LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, Jovene, 1974, p. 24.

⁵⁰ Cfr., per tutti, M. G. CIVININI - C. M. VERARDI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, Franco Angeli, 2001; G. ROMANO - D. A. PARROTTA - E. LIZZA (a cura di), *Il diritto ad un giusto processo tra corte internazionale e corti italiane. L'equa riparazione dopo la legge Pinto*, Milano, Giuffrè, 2002. Sulle "radici sovranazionali della garanzia" cfr. N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 382 ss., in part. par. 2.

⁵¹ In questo senso v., tra tutti, N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in M. G. CIVININI - C. M. VERARDI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione*, cit. supra, nota 50, p. 404 ss. e C. BESSO - E. DALMOTTO - M. G. AIMONETTO - A. RONCO - P. L. NELA, in S. CHIARLONI (a cura di), *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi. Commento alla legge 24 marzo 2001 n. 89*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 71 ss.

⁵² Cfr. P. FERRUA, *Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 1, p. 78 ss. V. sul punto A. SACCUCCI, *Le due "prospettive" della durata ragionevole del processo*, cit. supra, nota 49, p. 3105-3136.

La ragionevole durata del processo, nell'impianto costituzionale, rileva come uno degli elementi o connotati di un processo equo, «inteso come fenomeno giurisdizionale» per effetto della valorizzazione di un criterio di ragionevolezza contrapposto a quello dell'irragionevolezza, parametro di equilibrio tra una giustizia amministrata senza ritardi ed una giustizia non sommaria⁵³. In altri termini il principio acquisisce il carattere di canone oggettivo della funzione giurisdizionale, ossia di "metodo" necessario per un corretto esercizio della stessa nel quadro di un più ampio coordinamento e bilanciamento con altri principi, quali, *in primis*, quello del contraddittorio⁵⁴.

Il c.d. diritto di essere giudicato sollecitamente (*right to a speedy trial*), nel senso indicato, si arricchisce nell'ordinamento italiano di una garanzia subcostituzionale⁵⁵. Ci riferiamo, invero, in adempimento dell'obbligo internazionale derivante dalla ratifica della CEDU, alla promulgazione della c.d. legge Pinto del 24 marzo 2001, n. 89 recante «previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 c.p.c.», che istituisce, com'è noto, un procedimento camerale dinanzi alle Corti di appello deputato a finalità esclusivamente riparatorie⁵⁶.

⁵³ Così N. TROCKER, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo"*, cit. supra, nota 50. Nel senso che l'effettività della tutela giurisdizionale possa essere «compromessa tanto dall'eccessiva durata del processo che dall'eccessiva brevità dei termini perentori» cfr. N. PICARDI - R. MARTINO, *Termini*, cit. supra, nota 7, p. 18. Si vedano le sempre attuali riflessioni di G. CONSO, *"Tempo e giustizia": un binomio in crisi*, in *Costituzione e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 43.

⁵⁴ Cfr. F. SIRACUSANO, *La durata ragionevole del processo quale "metodo" della giurisdizione*, in *Diritto penale e processo*, 2003, n. 6, p. 757 ss.

⁵⁵ Mentre la nostra Costituzione del 1948 non conteneva alcuna enunciazione in materia di tempestività della tutela giurisdizionale la Costituzione spagnola del 1978 all'art. 24, 2° comma stabilisce che tutti hanno diritto ad un processo «senza dilazioni indebite» prevedendo la possibilità di far valere, attraverso il c.d. *recurso de amparo*, la violazione di tale diritto fondamentale davanti al Tribunale (art. 53, 2° comma Cost.). Tra i riferimenti più significativi in altre Costituzioni europee v. l'art. 9, 1° comma della Costituzione della Svezia del 1974 laddove è previsto che «Il cittadino (...) ha diritto di essere sottoposto senza ritardi ingiustificati al giudizio di un tribunale (...)». È appena il caso di precisare che l'esigenza di garantire il *reasonable time*, lungi dal connotare le sole costituzioni europee, trovi espressione in alcune costituzioni e prassi costituzionali extra-europee (si pensi per tutti al VI emendamento alla Costituzione nordamericana) e, sia pure con connotazioni non coincidenti, in alcuni atti internazionali (Patto internazionale sui diritti civili e politici, Convenzione americana di San José, Carta africana dei diritti e doveri dei popoli). Sul delicato rapporto tra diritto e giustizia e tra giustizia e diritto si vedano le appassionante riflessioni contenute nella raccolta di scritti giuridici e politici di A. SINAGRA, *Diritto e giustizia. Ragione e sentimento*, Roma, Aracne, 2004, in particolare capitoli 7 e 8.

⁵⁶ Esula dall'oggetto di questa indagine la disamina dei caratteri del procedimento di equa riparazione ai sensi della legge Pinto per cui rinviamo alle pregevoli analisi della ricchissima letteratura al riguardo. Cfr., tra tutti, G. A. CONTE, *La durata non ragionevole del processo. Legge Pinto n. 89/2001: tutela tra Corte europea dei diritti dell'uomo e rimedi interni italiani*, in *La Rivista del Consiglio*, 2001, n. 3, p. 107 ss.; G. CONSO, *Legge Pinto: passo ineluttabile anche se certamente non decisivo*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2001, n. 1, p. 23 ss.; A. DIDONE, *L'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo (Riflessioni a prima lettura sulla legge n. 89/2001)*, in *Questione giustizia*, 2001, n. 1, p. 513 ss.; M. PINTO, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo: la prospettiva del legislatore*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2001, n. 1, p. 26 ss.; M. SCALABRINO, *L'irragionevole durata dei processi italiani e la l. 24 marzo 2001, n. 89: un commodus discensus*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 365 ss.; A. SACCUCCI, *Riparazione per irragionevole durata dei processi tra diritto interno e Convenzione europea*, in *Diritto*

Com'è noto siffatta consacrazione della ragionevole durata del processo, nel nostro ordinamento, risulta ispirata ad una differente configurazione del citato diritto rispetto all'ordinamento convenzionale che si sarebbe tradotto in una serie di discrasie interpretative ed applicative⁵⁷. Infatti la duplice previsione contenuta nell'ordinamento italiano non può non rilevare una certa difformità genetica rispetto alla *ratio* della citata "norma base" costituita dall'art. 6, par. 1 della CEDU. A fronte del menzionato carattere di diritto soggettivo nel sistema CEDU la nostra Costituzione, nel riformato art. 111 inserito peraltro nel capo dedicato alla giurisdizione, utilizza una previsione di tipo oggettivo con il rinvio alla legge ordinaria mentre il legislatore ordinario, che pure richiama la norma convenzionale ma non quella costituzionale, si limita sostanzialmente ad apprestare, attraverso la l. n. 89/2001, un mero rimedio indennitario. Siffatta doppia previsione, nel testimoniare un disallineamento normativo in merito alla natura del diritto alla ragionevole durata del processo, è l'espressione di una disomogeneità costituzional-internazionale tra ordinamenti. Tale disomogeneità, nel riflettersi nel difficile coordinamento tra una pluralità di giurisdizioni di portata nazionale ed internazionale, è all'origine di un significativo divario giurisprudenziale tra Corti nazionali e Corte di Strasburgo in cui si inscrivono, con spiccata *vis* adeguatrice, alcune recenti pronunce delle Sezioni unite della Cassazione (sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341) che trovano una consistente eco nella giurisprudenza successiva⁵⁸.

penale e processo, 2001, n. 7, p. 893 ss.; G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, IV, c. 2430 ss.; D. AMADEI - E. D'ALESSANDRO, *Eccessiva durata dei processi e risarcimento del danno nella "legge Pinto" (l. 24 marzo 2001 n. 89)*, in *La Legislazione Penale*, 2002, n. 4, p. 935-954; A. G. LANA, *I tempi del processo a tre anni dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2004, n. 1, p. 9 ss.

⁵⁷ Siffatte discrasie sono legate sicuramente alla difficile configurazione, in "senso assoluto", dei limiti temporali di ragionevolezza di un processo in ragione delle eterogeneità delle fattispecie contenziose oggetto di procedimenti giurisdizionali con la conseguente complessità di elaborazione di criteri-guida di valutazione della stessa e con il rischio di pervenire ad una valutazione della ragionevolezza meramente generica.

⁵⁸ La sentenza n. 1338 è riportata in *Foro it.*, 2004, c. 693 ss. Le sentenze n. 1339 e n. 1340 sono riportate in *Guida al diritto*, 2004, 14 febbraio, p. 16 e 22 ss. La sentenza n. 1341 è riportata sul sito http://www.dirittiuomo.it/Corti_Italiane_V., in dottrina, C. ZANGHÌ, *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto fra la Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2004, maggio-agosto, p. 7 ss. ove non manca, sia pure in un impianto di complessivo apprezzamento per il *decisum* della Suprema Corte, qualche rilievo critico sulla motivazione adottata dalla stessa. Esso attiene, in particolare, alla non considerazione, quale fonte del diritto alla ragionevole durata del processo della l. n. 848/55 e non già della l. n. 89/2001 «che certamente lo richiama ma come presupposto per l'attribuzione di un altro diritto che è appunto quello all'equo indennizzo». Per una nota alla sentenza n. 1340 v. M. FASCIGLIONE, *Verso un allineamento della Suprema Corte alle posizioni della Corte di Strasburgo in tema di durata ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1147-1150. Per una nota alle sentenze n. 1339 e n. 1340 cfr. A. DIDONE, *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo: sepolti i contrasti*, in *Giur. it.*, 2004, p. 954-956; ID., *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, marzo, p. 193 ss. Si vedano, inoltre, i commenti di M. DE STEFANO, *La Cassazione italiana riconosce integralmente la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti umani*, in *Il Fisco*, 2004, fasc. 1, p. 929-931 e M. L.

Tra equa soddisfazione nel sistema convenzionale ed equa riparazione nel sistema nazionale intercorre, invero, un rapporto di doppia sussidiarietà o di sussidiarietà circolare in cui il valore primario tutelato, attraverso il rimedio nazionale o convenzionale, è sempre il diritto alla ragionevole durata del processo. Sotto questo profilo la l. n. 89/2001, nel suo essere rimedio nazionale consequenziale all'accertamento di una violazione di uno dei diritti garantiti dalla CEDU (traduzione di un obbligo di *facere*), non può non muoversi nella consapevolezza di rappresentare uno strumento di completamento del sistema di Strasburgo di cui è diretta derivazione (con riferimento, in particolare, all'art. 6 ma anche agli artt. 46 e 13), in un rapporto che appare di stretta sussidiarietà logico-funzionale-procedurale. Quella sussidiarietà su cui ha tanto insistito autorevole dottrina, invocata anche come mezzo per restituire il carattere originario al sistema di Strasburgo, non può non informare, all'interno di ciascuno Stato, il comportamento degli operatori giuridici interni⁵⁹.

D'altra parte il rapporto biunivoco – o di doppia sussidiarietà – cui ho accennato risulta evidenziato con chiarezza se si esamina il *background* normativo della l. n. 89/2001 che, peraltro, risulta allineata a modelli procedurali in vigore in altri Paesi europei⁶⁰. È in questo contesto che non si può non collocare la *ratio* dell'equa soddisfazione ex art. 41 della CEDU⁶¹. La stessa formulazione della norma fa dell'equa soddisfazione, nel sistema convenzionale, lo strumento

PADELLETTI, *Le sezioni unite correggono la rotta: verso un'interpretazione della legge Pinto conforme alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 452-458.

⁵⁹ Così B. CONFORTI, in *L'applicabilità diretta e sistematica e la tutela del singolo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione*, cit. nota 5, p. 85-89, in part. p. 86. La l. n. 89/2001 ha sicuramente rappresentato il tentativo dell'ordinamento italiano di garantire l'operatività della condizione generale di ricevibilità del ricorso individuale alla Corte europea, costituita dal previo esaurimento delle vie di ricorso interno (art. 35, n. 1 CEDU): la previsione di un ricorso esperibile davanti alla Corte di appello competente per territorio (ed eventualmente la sua impugnabilità davanti alla Corte di cassazione) come rimedio per evitare il *saltum* al giudice europeo.

⁶⁰ Non ci soffermiamo su due circostanze che pure costituiscono l'antefatto di tale provvedimento: da un lato il fatto che essa segua, di diversi anni, il disegno di legge presentato nel 1994 dall'allora Ministro Conso relativo alle «Misure per l'accelerazione dei giudizi e previsione di equa riparazione in caso di violazione al termine ragionevole del processo» nonché, dall'altro, il tentativo del Governo italiano di introdurre nel codice di procedura civile, dopo le molteplici risoluzioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, norme per favorire una più rapida trattazione delle cause. A queste circostanze interne si aggiunge una circostanza, per così dire, esterna: la famosa sentenza della Corte europea *Kudla c. Polonia* del 26 ottobre 2000. In essa, per la prima volta, si afferma con chiarezza la non assimilazione tra diritto ad una ragionevole durata del processo e diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale e, di conseguenza, ne discende la possibilità di condanna dello Stato italiano non solo per violazione dell'art. 6 ma anche dell'art. 13 della CEDU. In particolare l'esigenza di evitare una sorta di "assorbimento" della violazione della seconda norma in quella della prima trova consacrazione nelle parole della Corte allorché essa sottolinea come lo scopo dell'art. 13 sia quello «di prevedere uno strumento attraverso il quale gli individui possano ottenere rimedio a livello nazionale per le violazioni dei loro diritti convenzionali prima di mettere in moto il meccanismo internazionale di ricorso davanti alla Corte».

⁶¹ L'art. 41 della CEDU (equa soddisfazione) prevede che «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

per realizzare una "giustizia piena" solo nell'ipotesi di inidoneità degli ordinamenti interni alla riparazione delle conseguenze della violazione dello "statuto" sostanziale contenuto nella CEDU e nei suoi Protocolli⁶².

È in questo contesto normativo che non può non inquadrarsi la decisione di ricevibilità della Corte europea nel caso *Scordino*⁶³. Infatti l'esclusione dell'obbligo del ricorso alla Corte di cassazione, come effetto dell'inidoneità dello stesso ricorso a costituire un rimedio effettivo ed adeguato, veniva motivato nella decisione di ricevibilità della Corte europea, fra l'altro, con il richiamo ad una giurisprudenza costante della Corte di cassazione tesa a negare lo *status* di diritto fondamentale della persona al diritto ad un termine ragionevole⁶⁴. Si sottolineava, nelle parole della Corte di Strasburgo, come nella giurisprudenza della Corte di cassazione esso rilevasse come un diritto garantito da una semplice legge ordinaria (la l. n. 89/2001). Né, d'altra parte, la "copertura" costituzionale gli poteva derivare, nel ragionamento della Corte internazionale, dall'introduzione della ragionevole durata del processo tra i presupposti costituzionali del giusto processo visto il carattere "programmatico" della norma, improduttivo di garanzie individuali.

Il mancato riconoscimento dello *status* di diritto fondamentale al diritto ad un termine ragionevole e, invece, la sua configurazione come diritto processuale non può non richiamare la più ampia problematica dell'applicabilità diretta delle norme convenzionali nell'ordinamento italiano. Com'è noto la definizione dello *status* della CEDU nel sistema delle fonti del nostro ordinamento ha occupato la giurisprudenza costituzionale per tutto lo scorso decennio sia sotto il profilo della c.d. forza attiva dell'ordine di esecuzione della stessa, sia sotto il profilo della c.d. forza passiva, intesa come capacità di resistenza alla sopravvenienza di norme nazionali che contrastino con i suoi contenuti⁶⁵.

⁶² Lo prova il richiamo, nella norma convenzionale, all'*incompletezza* della riparazione, apprestata dal «diritto interno dell'Alta parte contraente» come presupposto per l'applicazione del rimedio convenzionale. In altri termini l'art. 41 postula una "presunzione" di inadeguatezza o di incompletezza del rimedio nazionale che fa dell'equa soddisfazione, accordata dalla Corte europea, un rimedio suppletivo rispetto all'eventuale inidoneità del diritto nazionale.

⁶³ V. tale decisione in *Guida al diritto*, 2003, 12 luglio, p. 106-111. Per alcune note di commento cfr. F. BUONOMO, *E la Corte di Strasburgo "bacchettò" la giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto e giustizia*, 2003, 28 giugno, p. 90 ss.; M. DE STEFANO, *La Corte d'appello e la Cassazione, sezioni distaccate in Italia della Corte di Strasburgo: in margine alla sentenza Scordino e altri c. Italia*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2003, n. 1, p. 70 ss. e M. L. PADELLETTI, *Ancora sulla legge Pinto: "equa riparazione" o indennizzo iniquo per la durata irragionevole del processo?*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 771 ss. V. anche *infra*, paragrafo successivo.

⁶⁴ Si veda, per tutte, la sentenza 8 agosto 2002, n. 11987, in *Foro it.*, 2003, I, c. 838.

⁶⁵ È noto come, a fronte di una primissima applicazione diretta della CEDU, sia prevalso un orientamento giurisprudenziale tendente all'affermazione della non diretta applicabilità della Convenzione con riferimento al preteso carattere *non self executing* della stessa ed al supposto "valore programmatico" delle sue disposizioni. La non attribuzione, nella giurisprudenza delle Corti italiane, della *primauté* della CEDU sulle leggi nazionali avrebbe trovato un passaggio significativo in due fondamentali sentenze del 1993 (una della Corte costituzionale – la n. 10/1993 – e una della Cassazione nel caso *Medrano*) che, ad onta del mancato riconoscimento di rango costituzionale alle norme convenzionali, ne hanno affermato la prevalenza sulle norme interne di pari rango anche

Senza in alcun modo soffermarsi sulla questione, da sempre dibattuta in dottrina, relativa alla posizione delle norme CEDU nell'ordinamento italiano – che esula evidentemente da questa indagine e che viene deliberatamente esclusa nei *decisa* delle Sezioni unite della Cassazione – ci sembra sia da sottolineare come, a fronte della mancanza, nella nostra Carta fondamentale, di una norma di adattamento automatico ai trattati ed alle norme derivate, l'attuale art. 117 della Costituzione (come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) introduca un obbligo per lo Stato e le regioni di conformare le proprie disposizioni ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali⁶⁶. Sia consentito peraltro, ad avviso di chi scrive, avanzare l'ipotesi di un mero obbligo di risultato e non di utilizzo di determinati mezzi o strumenti tecnico-normativi per realizzare siffatta "conformazione" ai contenuti vincolanti della CEDU.

6. *Segue: L'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di equa soddisfazione nei decisa delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*

Il divario tra la giurisprudenza italiana, applicativa della l. n. 89/2001, e la più consolidata giurisprudenza della Corte europea relativa all'art. 41 ed al citato art. 6, par. 1 della CEDU, avevano trovato, probabilmente, nella citata decisione di ricevibilità del 27 marzo 2003, relativa al caso *Scordino c. Italia*, soltanto un epifenomeno⁶⁷.

successive. Proprio nella sentenza n. 10/1993 la Corte costituzionale, nel ricomprendere tra i parametri del suo sindacato anche la CEDU, con riferimento all'art. 6 (terzo comma, lett. a) della Convenzione, ha riconosciuto che esso «dev'essere considerato un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile». Più recentemente nella giurisprudenza della Corte di cassazione (sentenza 10 settembre 2003, n. 13211 e sentenza 5 novembre 2003, n. 16600) hanno trovato accoglimento soluzioni idonee ad assicurare la prevalenza della normativa convenzionale rispetto a quella interna contrastante. Non manca nella giurisprudenza un orientamento teso a ritenere che la CEDU, nelle parti non recepite dell'art. 111, rappresenti un ordinamento pattizio cui può opporsi soltanto il rispetto dei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» e dei «diritti inalienabili della persona umana» e soltanto da parte della Corte costituzionale; viceversa, laddove esprima valori condivisi dalla stessa Carta costituzionale, costituisca essa stessa un parametro interpretativo valido per il giudizio di costituzionalità di norme interne divergenti. Si vedano anche i riferimenti dottrinali contenuti *supra*, nota 5.

⁶⁶ Cfr., per tutti, in questo senso B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, nov., p. 229-233. V. ivi anche ampi riferimenti dottrinali. Si veda una prima sintesi dell'ampio dibattito in materia nel volume (a cura di), G. ZICCARDI CAPALDO, *Attuazione dei trattati internazionali e costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della comunità globale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

⁶⁷ Com'è noto, con siffatta decisione, la Corte europea ha ammesso il ricorso (n. 36813/97) c.d. *per saltum* con riferimento alla pretesa avanzata da alcuni cittadini italiani i quali lamentavano la lesione del loro diritto alla ragionevole durata del processo e che, per tale motivo, avevano già ottenuto, ai sensi della l. n. 89/2001, una sentenza favorevole ad opera della Corte d'appello competente. Essi, insoddisfatti dell'entità dell'indennizzo liquidato dal giudice italiano e ritenendo altresì

Al di là della soluzione del merito cui sarebbe pervenuta la Corte nell'anno successivo⁶⁸ e del complesso delle questioni che risultavano poste tale decisione rivelava un *quid pluris* nell'atteggiarsi come ricognitiva, in senso critico, di una giurisprudenza della Corte di Cassazione che, seppure non consolidata (in assenza – all'epoca – di una pronuncia a sezioni unite), risultava già molto significativa⁶⁹. In questo senso la decisione di ricevibilità assurgeva anche a momento di verifica, da parte di una Corte sovranazionale, dell'*implementation*, ad opera di una Corte nazionale, di un rimedio nazionale (la l. n. 89/2001)⁷⁰. Il tutto attraverso il riferimento diretto nel testo italiano all'art. 6 della CEDU atto a trasferire sul piano interno «i limiti di applicabilità della medesima disposizione esistenti sul piano internazionale». Un rimedio nazionale la cui stessa ragion d'essere non poteva, pertanto, non essere disgiunta dal sinallagma logico-funzionale con la garanzia sostanzial-procedurale prevista negli artt. 6 e 41 della CEDU (non a caso la Corte richiama, nella citata decisione, la natura della legge Pinto e il contesto nel quale essa è intervenuta).

La conseguenza immediata della decisione nel caso *Scordino* è che il ricorso *per saltum* che l'ordinamento italiano si era sforzato di scongiurare, attraverso il doppio rimedio giurisdizionale previsto dalla l. n. 89/2001 (Corte di appello-Corte di cassazione), risulta reintrodotta con la possibilità di prescindere dalla decisione della Suprema Corte, organo di appello nel sistema della legge Pinto, e di ricorrere direttamente alla Corte europea. Ma a tale *de-*

l'inutilità del ricorso per Cassazione alla luce della prevalente giurisprudenza in materia, avevano chiesto alla Corte europea di accordare un'equa soddisfazione. La decisione di ricevibilità nel caso *Scordino* avrebbe rappresentato uno strumento di *early warning*, un "monito" per l'Italia che pure era stata oggetto di una sorta di apertura di credito, da parte della Corte europea, allorché l'accettazione dell'impianto complessivo della legge Pinto aveva addirittura portato, attraverso una deroga al principio *tempus regit actum*, ad un'applicazione retroattiva della stessa (caso *Brusco c. Italia* n. 69789 del 6 settembre 2001 e *Di Cola c. Italia* n. 44897 dell'11 ottobre 2001) non priva di profili problematici.

⁶⁸ La Corte europea si sarebbe pronunciata sul caso *Scordino c. Italia* con il riconoscimento, tra l'altro, dell'avvenuta violazione del termine ragionevole del processo. V. la sentenza del 29 luglio 2004 in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

⁶⁹ In altri termini il richiamo e la critica dei principi generali utilizzati in due sentenze precedenti (e cioè nel caso *Adamo e altri c. Ministro della giustizia* del 10 giugno 2002 ed in quello *Ministro della giustizia c. Maccarone* della stessa data) avveniva a titolo di esemplificazione di un più generale orientamento in materia seguito dalla Corte di cassazione.

⁷⁰ Intesa come idoneità dello stesso a costituire un rimedio effettivo contrassegnato – come si legge nella Relazione illustrativa al Disegno di legge – dall'idoneità ad «assicurare al ricorrente una tutela analoga a quella che egli riceverebbe nel quadro dell'istanza internazionale». Com'è noto la Corte europea, rispetto a ricorsi proposti prima dell'entrata in vigore della l. n. 89/2001 si era pronunciata per l'irricevibilità della domanda dei ricorrenti per mancato esaurimento delle vie di ricorso interno (art. 35, par. 1). In dottrina v. le penetranti osservazioni di B. CONFORTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e ... rinvio indietro dei ricorsi presentati a Strasburgo in materia di durata dei processi*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1043. V., inoltre, U. FRAGOLA, *Nuovo approccio sulla L. 24 marzo 2001 n. 89 e sulla recente giurisprudenza in tema di equa riparazione per processi lumaca*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 2001, n. 1, p. 309-317; G. LISOTTA, *L'irragionevole estensione della norma transitoria*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 38; A. TAMIETTI, *Prima pronuncia della Corte europea sulla legge Pinto: la decisione Brusco c. Italia*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2001, n. 1, p. 45 ss. La sentenza *Brusco c. Italia* è pubblicata in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1125 ss.

cisum, e questa circostanza risulta a nostro avviso di estrema rilevanza, la Corte europea perviene – e non poteva non pervenire – sulla base di un’ampia confutazione di alcuni dei principi generali emersi nei *decisa* della Corte di cassazione⁷¹. Essi, evidenziando un’interpretazione ed applicazione del diritto interno difforme da quella convenzionale, rendono inadeguata ed inefficace, nella ricostruzione effettuata dalla Corte di Strasburgo, la giurisdizione nazionale alla garanzia del diritto alla ragionevole durata del processo e pertanto ne giustificano l’accoglimento del ricorso⁷².

Le pronunce della Suprema Corte a Sezioni unite del 26 gennaio 2004 n. 1338 (*Balzini*), n. 1339 (*Lepore*), n. 1340 (*Corbo*) e n. 1341 (*Lepore+I*) costituiscono, senza dubbio, l’approdo di un difficile percorso di adeguamento ai citati principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte europea in materia di ragionevole durata dei processi⁷³.

Nell’insieme dei quattro *decisa* delle Sezioni unite della Cassazione risultano chiaramente individuabili alcuni orientamenti in materia destinati a presiedere all’attività delle corti di merito relativa alla garanzia della ragionevolezza dei tempi processuali con riferimento alle modalità di definizione dell’equa riparazione.

In primo luogo la Suprema Corte, nell’affermazione che l’art. 111 «non va contrapposto, ma si integra con l’art. 6 della CEDU» in ragione dell’identità del bene tutelato (la durata ragionevole dei processi) (sentenza n. 1338) si muove nella direzione di una composizione di un significativo elemento di disallineamento tra ordinamenti. Discostandosi sensibilmente dalla precedente giurisprudenza sottolinea la sola diversa prospettiva secondo cui tale bene viene considerato nei due ordinamenti: «garanzia oggettiva dell’ordinamento

⁷¹ Nella citata decisione di ricevibilità si afferma: «Anche se gli Stati contraenti non hanno l’obbligo formale di incorporare la Convenzione nel sistema giuridico interno (...) dal suddetto principio di sussidiarietà discende che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione».

⁷² La stigmatizzazione dell’erroneità, dal punto di vista convenzionale, dei principi generali utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità nell’interpretazione della l. n. 89/2001 è condotta, peraltro, con una *vis* che va ben al di là della sempre attuale *vetero quaestio* dei conflitti e pseudo-conflitti tra giurisdizioni, per certi versi anche prevedibili rispetto a certe eterogeneità strutturali tra i due rami. Il riferimento è, per esempio, all’allargamento, effettuato nella l. n. 89/2001, dell’ambito della tutela, in materia tributaria, con la possibilità di convenire in giudizio il Ministro delle finanze: il che, come sappiamo, non si inquadra in una giurisprudenza della Corte europea tendente, salvo qualche caso sporadico, ad escludere le controversie in materia tributaria per effetto dei prevalenti aspetti pubblicistici delle stesse. Nella sentenza della Corte europea del 12 luglio 2001, *Ferazzini c. Italia*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 34, p. 95 l’esclusione, da parte della Corte europea, del processo tributario dall’ambito di applicazione dell’art. 6, par. 1 risulta così giustificato: «Un procedimento tributario ha evidentemente risvolti patrimoniali, ma il fatto di dimostrare che una controversia è di natura "patrimoniale" non è di per sé sufficiente per comportare l’applicabilità dell’art. 6, par. 1 sotto il profilo civile (...)». Si veda, peraltro, la recente pronuncia della Cassazione (sez. I civ.) del 17 giugno 2004, n. 11350, *Ministero Economia finanze c. Di Caprio*, che richiama «le chiare indicazioni emergenti dalla giurisprudenza di quella Corte europea (...) nel senso della non estensibilità del campo di applicazione dell’art. 6 par. 1, Convenzione europea dei diritti dell’uomo alle controversie tra il cittadino e il Fisco, aventi ad oggetto provvedimenti impositivi».

⁷³ Così A. DIDONE, *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte*, cit. *supra*, nota 58.

nella norma costituzionale, garanzia soggettiva della persona nella CEDU». In particolare, nella ricostruzione effettuata in tale sentenza, la circostanza che il diritto alla ragionevole durata del processo non risulti collocato nella prima parte della Costituzione non assurge ad «argomento interpretativo» contrario all'attribuzione di un fondamento costituzionale allo stesso. Rispetto a tale problematica viene richiamata, come emblematica di un orientamento della Corte costituzionale, la sentenza 21 marzo 2002, n. 78 laddove si afferma che la ragionevole durata del processo «è oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato»⁷⁴.

In secondo luogo è di non poco rilievo l'affermazione del principio secondo cui, nella liquidazione del danno non patrimoniale conseguente alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, l'ammontare della valutazione equitativa rimessa al giudice di merito, che pure, com'è ovvio conserva un margine di valutazione, è condizionata dal rispetto dei criteri di determinazione della riparazione applicati generalmente dalla Corte europea (sentenza n. 1340). Nel riconoscere, come fa la Corte di cassazione, nelle sentenze citate, a siffatta regola di conformazione "natura giuridica" in quanto «espressione dell'obbligo della giurisdizione nazionale di interpretare ed applicare il diritto interno, per quanto possibile, conformemente alla Convenzione ed alla giurisprudenza di Strasburgo» ne discende la possibilità di ricorso per Cassazione avverso il *quantum* e cioè l'ammontare dell'indennizzo liquidato dalle Corti di appello⁷⁵. Un principio che segna il superamento di una precedente giurisprudenza della Cassazione che, con riferimento al danno non patrimoniale, ha richiesto – in linea con le regole generali in materia di ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. – forme di accertamento positivo, anche se presuntivo, escludendone qualsiasi identificazione nella violazione del termine ragionevole⁷⁶. Nel *decisum* della Suprema Corte, a fronte della scontata conferma della necessità di specifica allegazione e prova da parte del ricorrente del danno patrimoniale, essa, rispetto al danno non patrimoniale – pur non ritenendolo insito nella violazione del termine ragionevole – ne esclude l'onere probatorio per il ricorrente in quanto «conseguenza della violazione che si verifica normalmente secondo l'*id quod plerumque accidit*» (sentenza n. 1348). Pur escludendo la tesi del danno non patrimoniale in *re ipsa* il relativo diritto all'indennizzo diventa conseguenza diretta della violazione del diritto a meno che non sia provato il contrario. Con riferimento poi alla quantificazione, a fronte di una prassi di indennizzi irrisori (con conse-

⁷⁴ V. in *Foro it.*, 2002, I, c. 1611.

⁷⁵ Qualora risulti violata la giurisprudenza della Corte europea o qualora il giudice interno abbia fatto un uso improprio del suo margine di valutazione discostandosi in maniera significativa dall'entità degli indennizzi liquidati, in casi analoghi, dalla Corte di Strasburgo.

⁷⁶ V., tra le altre, Cassazione 5 settembre 2003, n. 12935, in *Foro it.*, 2004, c. 1260 e 3 aprile 2003, n. 5131, in *Foro it.*, 2004, c. 439.

guente ulteriore violazione dell'art. 41), le Sezioni unite si adeguano all'orientamento della Corte europea i cui orientamenti assurgono a punto di riferimento anche per questo profilo con possibilità di discostarsi solo in maniera ragionevole.

In terzo luogo, per effetto della *relatio perfecta* dell'art. 2 della l. n. 89/2001 all'art. 6 della CEDU, e pur senza entrare nel merito della complessa problematica della rilevanza delle norme convenzionali nel diritto interno viene affrontato⁷⁷, nella ricostruzione della Suprema Corte, il problema degli effetti giuridici dell'attività interpretativa compiuta dalla Corte europea con specifico riferimento all'accertamento della sussistenza di un danno da irragionevole durata del processo (sentenze n. 1339 e n. 1341). A fronte del rilievo alquanto limitato tributato dalla giurisprudenza precedente alle pronunce della Corte europea, ritenute soltanto fonte di «autorevoli orientamenti interpretativi» le Sezioni unite pervengono alla conclusione che «spetta al giudice della CEDU individuare tutti gli elementi» del diritto all'indennizzo «che pertanto finisce con l'essere conformato dalla Corte di Strasburgo la cui giurisprudenza si impone per quanto attiene all'applicazione della l. n. 89/2001 ai giudici italiani» (concordemente sentenze n. 1338, n. 1339 e n. 1340). È appena il caso di precisare che se risulta difficile la configurabilità, per il giudice interno, di un vincolo formale di adeguamento alle sentenze della Corte europea (anche in ragione della loro efficacia limitata al caso di specie) nondimeno le Sezioni unite della Cassazione sembrano ricostruire il dovere di interpretazione della legge Pinto «per quanto possibile» (sentenza n. 1339) «in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea». Il tutto proprio nel rispetto della *ratio* ispiratrice del rimedio interno oggetto, nella soluzione delle questioni di massima poste alla Cassazione, di un'attenta considerazione con riferimento alla sua lettera ed alle finalità⁷⁸. Sul piano pratico non si può non rilevare come il più corretto funzionamento del rimedio interno consentirà alla Corte di Strasburgo, ancora una volta impegnata nella riorganizzazione del suo funzionamento (come testimonia l'apertura alla firma nel maggio 2004 del Protocollo n. 14)⁷⁹, di evitare di dedicarsi all'enumerazione ed addizione degli intervalli tra udienze nazionali per verificare se la loro lunghezza sia tollerabile vanificando essa stessa quel-

⁷⁷ In particolare nella sentenza n. 1340/04 si afferma «(...) non è necessario porsi il problema generale dei rapporti tra Convenzione e l'ordinamento interno. Qualunque sia l'opinione che si abbia su tale controverso problema, e quindi sulla collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del diritto interno (...)» (par. 3).

⁷⁸ In altri termini, in quanto *proper law*, ossia la legge più idonea per la regolamentazione della riparazione relativa alle conseguenze della violazione del diritto alla ragionevolezza del processo: una soluzione diversa nel rendere la l. n. 89/2001 priva di significato comporterebbe, secondo la ricostruzione della Corte, la violazione da parte dello Stato italiano del citato art. 1 della CEDU.

⁷⁹ V., tra tutti, U. VILLANI, *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 487-501 ed E. SAVARESE, *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 714-729.

la ragionevole durata dei tempi processuali che si sforza di garantire rispetto ai processi nazionali. Al contempo l'adeguato utilizzo del rimedio nazionale⁸⁰, permetterà allo Stato italiano di riparare direttamente alla violazione (*rectius*: alle conseguenze della stessa) prodotta. In tal modo assicurerà una più corretta realizzazione di uno degli elementi del giusto processo assurto, come si è visto, a valore costituzionale non nel quadro di un ideale astratto di giustizia ma alla luce di concrete esigenze di ragionevolezza ed adeguatezza.

È appena il caso di sottolineare come, al di là di qualsiasi rimedio riparatorio (di tipo indennitario o risarcitorio), la corretta applicazione dell'art. 6 della CEDU, nella sua *ratio* ispirativa, imponga una non facile riconsiderazione dell'intero sistema giustizia italiano⁸¹. Quale funzione ha esplicato la l. n. 89/2001?

Un rimedio "deflattivo", un rimedio insufficiente e non solo perché ancorato ad una copertura finanziaria limitata, un rimedio meramente monetario tendenzialmente teso a trasformare il diritto fondamentale alla garanzia della ragionevole durata del processo in un mero diritto di credito?⁸² In una prospettiva *de iure condito* e non *de iure condendo* la l. n. 89/2001, in ogni caso, costituisce un rimedio esistente e, come tale, utilizzabile anche al fine di consentire una corretta applicazione della CEDU. Un rimedio, peraltro, come si diceva, indissolubilmente legato al sistema di Strasburgo e, pertanto, da adoperarsi nel rispetto dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte al ri-

⁸⁰ Naturalmente in senso sostanziale e non formale, come giurisprudenza costante della Corte europea ha sostenuto con riferimento alla prima delle condizioni di ricevibilità indicate nell'art. 35 n. 1 della CEDU.

⁸¹ È evidente che il complessivo adeguamento alle regole poste dalla CEDU richiede evidentemente un'approfondita valutazione critica degli apparati e delle procedure giurisdizionali italiani destinati alla tutela dei diritti riconosciuti anche in sede sovranazionale. Essa va estesa alle modalità di accesso alla stessa giustizia nonché alla corretta operatività di regole deontologiche e di autolimitazione di tutte le parti processuali. D'altra parte proprio il rispetto dell'art. 6, par. 1 della CEDU, nel contesto normativo nel quale è collocato, assurge a "baluardo" (*alias* a limite costituzionale) rispetto a qualsiasi forma di "monetizzazione" di un diritto fondamentale. In questo senso la riparazione economica non può non costituire un rimedio provvisorio (parziale e, in certa misura, eccezionale) in attesa di una riforma complessiva dei tempi (e dei modi) della giustizia italiana – alle prese, com'è noto, con una difficile riforma dell'ordinamento giudiziario – idonea a garantire un'effettività del diritto e dei diritti a cui quella "società democratica" richiamata nel Preambolo del testo convenzionale non può abdicare. Per una lucida analisi – anche sulla base del Rapporto trasmesso al Consiglio d'Europa – delle cause di irragionevole durata dei processi individuate dall'Autore nell'inefficiente uso dei mezzi finanziari e professionali cfr. C. GUARNERI, *Durata dei processi e gestione degli uffici: oltre le risorse il nodo dell'organizzazione*, in *Guida al diritto*, n. 27, 9 luglio 2005, p. 13-14.

⁸² Tra i molti interventi critici sulla l. n. 89/2001 cfr. C. CONSOLO, *Disciplina "municipale" della violazione del termine ragionevole di durata del processo: strategie e profili critici (estesi anche alle modalità di ampliamento del rito camerale davanti alla S. C.)*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 569 ss., il quale prospettava, tra l'altro, l'alternativa del ricorso straordinario ex art. 111 Cost. Si vedano anche le osservazioni formulate da M. L. PADELLETTI, *L'applicazione della legge Pinto sull'equa riparazione in caso di irragionevole durata del processo: qualche luce e tante ombre*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 954 ss. e da M. SCALABRINO, *L'irragionevole durata dei processi italiani*, cit. *supra*, nota 56.

paro da qualsiasi interpretazione eccessivamente restrittiva e nella piena aderenza alla *ratio* della stessa legge.

Lo aveva già sottolineato, ancor prima delle citate pronunce a Sezioni unite, la stessa Cassazione italiana (sentenza del 18 dicembre 2002 n. 16262) allorquando aveva affermato che «la pregressa giurisprudenza elaborata al riguardo dalla Corte europea costituisce la prima e più importante guida nel ricostruire i lineamenti del diritto all'equa riparazione» ed, inoltre, «un'operazione ermeneutica che si risolvesse in un'interpretazione elusiva dei principi affermati in sede europea non soltanto si porrebbe in contrasto con le finalità perseguite dalla legge n. 89 del 2001 (...) ma renderebbe vano lo scopo pratico di tale legge (sentenza del 26 luglio 2002 n. 11046)»⁸³.

Lo ha continuato a rimarcare la Corte europea (nella recente sentenza *Riccardi Pizzati c. Italia* del 10 novembre 2004) reiterando il monito allo Stato italiano perché siano riparate in modo adeguato le conseguenze della violazione del termine ragionevole e dettando i criteri di massima cui deve attenersi il giudice interno nonché, richiamando, nella sentenza del 29 luglio 2004 relativa alla soluzione del caso *Scordino c. Italia* le conclusioni della Cassazione italiana contenute nella citata sentenza n. 1340 in materia di determinazione del danno non patrimoniale⁸⁴.

7. Conclusioni: etero-integrazione europea del catalogo italiano dei diritti fondamentali?

A fronte dell'identità del valore (o bene) tutelato la differente valenza in senso soggettivo ed oggettivo, negli ordinamenti di riferimento ("unionistico-comunitario", europeo, italiano), della ragionevole durata dei tempi del processo e del procedimento, non poteva non essere foriera di discrasie sul piano giurisprudenziale. Invero tali discrasie risultano, in qualche modo immanenti come testimonia, in altro ambito, il difficile rapporto tra Corte di Strasburgo e Corte di giustizia, ragione giustificatrice delle protratte resistenze alla formale adesione dell'Unione europea alla CEDU che, come si anticipava *supra*, hanno trovato la soluzione indicata nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Esse sono, per certi versi "fisiologiche" allorquando si confrontino rimedi nazionali e rimedi sovranazionali (comunitario ed europeo). I primi, caratterizzati da un più alto coefficiente di aderenza alle caratteristiche dell'ordinamento interno ed i secondi che non possono non recare una giusta dose di flessibilità per consentire loro di adattarsi, nella giurisprudenza delle

⁸³ V. in *Giustizia civile, Massimario*, 2002, c. 1183.

⁸⁴ V. in *Guida al diritto*, supplemento bimestrale, *Diritto Comunitario e internazionale*, 2005, n. 1, p. 82 ss.

Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, ai diversi istituti processuali presenti nei vari ordinamenti degli Stati europei come prodotto di dissimili scelte di politica giudiziaria.

Siffatti "conflitti" giurisprudenziali non appaiono, peraltro, privi di ricadute positive nella misura in cui siano rivelatori di una più ampia disomogeneità tra ordinamenti oltre che tra giurisdizioni. In tal caso (come testimoniano i *decisa* della Corte di Cassazione a Sezioni unite) essi possono assurgere a fattore di propulsione di un più generale processo di avvicinamento e di armonizzazione tra i vari sistemi giuridici nazionali e sovranazionali.

In uno spazio come quello europeo sempre più aperto ai valori non solo di "concorrenza" tra sistemi giudiziari ma, soprattutto, di coesistenza tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali lo sforzo di "omogeneizzazione" anche in senso normativo degli orientamenti elaborati dalle varie istanze giurisdizionali in materia di ragionevolezza della durata del processo e del procedimento può assurgere ad elemento di riduzione delle discrasie tra giurisprudenze eterogenee.

La "circolazione" tra tradizioni giuridiche e l'integrazione tra ordinamenti, nel rispetto delle specificità sia dell'ordinamento italiano che di quello "unionistico-comunitario" e di quello europeo, può trovare proprio nella giurisprudenza (nazionale e sovranazionale) un fattore di coesione invece che di separazione. Tale "circolazione" potrà muoversi nel quadro di riferimento segnato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 388/1999 laddove si affermava che: «I diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali, sottoscritte dall'Italia, trovano espressione e garanzia nella Costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost. ma anche, perché al di là dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono *si integrano*, completandosi reciprocamente nell'interpretazione»⁸⁵.

Come sottolineano le Sezioni unite della Cassazione (sentenza n. 1341/2004), richiamando e confermando le affermazioni contenute nella citata decisione di ricevibilità relativa al caso *Scordino*, «deriva dal principio di sussidiarietà che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare, il diritto nazionale conformemente alla Convenzione». Una sussidiarietà, intesa come paradigma ordinatore della ripartizione di competenze tra ricorsi interni e ricorso europeo, nel costituire strumento di "protezione" dell'ordinamento italiano e di salvaguardia della sovranità statale, assurgerà, altresì, a fattore di garanzia del singolo.

Peraltro siffatto ruolo "integrazionista" della giurisprudenza è destinato a misurarsi con l'interpretazione degli artt. II-101 e II-107 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa che, in attesa dell'eventuale entrata in

⁸⁵ Sentenza 22 ottobre 1999, n. 388, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1072 ss. (il corsivo è aggiunto).

vigore di quest'ultimo, non si sottraggono all'attribuzione di "valenze interpretative" ad opera delle Corti nazionali se si tiene conto che la nostra Corte costituzionale già si è riferita alla Carta dei diritti fondamentali «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei» (sentenza n. 135/2002)⁸⁶. Una Carta destinata ad essere sottoposta ad una prolungata "applicazione provvisoria" proprio in ragione del suo carattere recettizio nel più ampio quadro di quelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati così fortemente sottese al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (art. II-112 par. 4) ed, in particolare, di una tradizione costituzionale italiana veicolo di convergenza normativa e di rafforzamento di una comunità di diritto.

In conclusione, nel binario segnato dalla giurisprudenza di una Corte, quale quella di Strasburgo, che ha svolto un ruolo importante nell'integrazione giuridica degli Stati membri del Consiglio d'Europa ma anche di una Corte quale quella di Lussemburgo che ha esplicitato una funzione significativa anche di *law making* in materia di diritti fondamentali, la ragionevole durata del processo e del procedimento potranno trovare una più compiuta definizione anche nell'ordinamento italiano assicurando una migliore realizzazione delle esigenze di giustizia del processo (art. 111 Cost.) nonché di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Se la controversia giurisprudenziale assurge, generalmente, a strumento di rilevazione di una disomogeneità costituzional-internazionale tra ordinamenti il nuovo corso inaugurato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione sembrerebbe atto a determinare ricadute significative nel processo di «comunicazione» tra ordinamenti operando – mediante il citato richiamo ad un obbligo d'interpretazione conforme – nel senso di una riduzione, più o meno marcata, di tale disomogeneità. Ne è già risultato, come si è visto, un avvicinamento di posizioni interpretative nell'ottica di quel completamento reciproco di cataloghi costituzionali ed internazionali già prefigurato dalla Corte costituzionale italiana e già realizzato dallo stesso legislatore italiano. Quest'ultimo, nella l. 22 aprile 2005, n. 69, dopo aver richiamato l'art. 6 par. 1 e 2 del TUE e il punto 12 dei *consideranda* del preambolo della decisione quadro n. 2002/584/GAI (che fa riferimento, tra l'altro, ai «principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI»), annovera tra le "garanzie costituzionali" informatrici dell'esecuzione del mandato di arresto europeo, oltre «ai principi e regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo» (art. 2 lett. b), i «diritti fondamentali garantiti dalla CEDU (...) in particolare dall'art. 5 (*diritto alla libertà e sicurezza*) e dall'art. 6 (*diritto ad un processo equo*), nonché dai Pro-

⁸⁶ V. par. 2.1 del *Considerando in diritto* della sentenza n. 135 del 24 aprile 2002.

toccoli addizionali alla Convenzione stessa» (art. 2 lett. *a.*)⁸⁷. Il tutto nella direzione di una possibile riduzione della contrapposizione costituzionale *versus* internazionale e dell'attenuazione delle divergenze soggettive ed oggettive in nome di un unico "statuto" del "diritto fondamentale" alla ragionevole durata del processo e del procedimento.

Angela Di Stasi

⁸⁷ La legge n. 69 del 22 aprile 2005, «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri» è pubblicata in *Guri* n. 98 del 29 aprile 2005. Il corsivo è aggiunto.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

È ILLEGITTIMA E VIOLA IL DIRITTO COMUNITARIO L'ESPULSIONE AUTOMATICA DI CITTADINI COMUNITARI DALLO STATO MEMBRO OSPITANTE

Corte di giustizia

Sentenza del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-482/01 e n. C-493/01*

Georgios Orfanopoulos ed altri c. Land Baden-Württemberg

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 39, n. 3, CE - Direttiva n. 64/221/Cee, art. 3 - Libera circolazione delle persone - Provvedimento di allontanamento - Condizioni per l'applicazione - Cittadini di altri Stati membri - violazione della legge penale - Automaticità dell'espulsione - Incompatibilità.

Spetta al giudice del rinvio accertare di quali disposizioni del diritto comunitario, oltre l'art. 18, n. 1, CE, un cittadino di un altro Stato membro (...) può avvalersi, ove occorra, alla luce delle circostanze della controversia che ha dato luogo alla causa n. C-493/01. A tale proposito, spetta in particolare a tale giudice verificare se l'interessato rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 39 CE, come lavoratore o come altra persona che può beneficiare, in forza delle disposizioni del diritto derivato adottate per l'attuazione di tale articolo, della libera circolazione, oppure se può avvalersi di altre disposizioni del diritto comunitario, quali la direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, n. 90/364/Cee, relativa al diritto di soggiorno, o l'art. 49 CE che si applica in particolare ai destinatari di servizi.

* In *Raccolta*, 2004, I, p. 5257 ss. In argomento v. *infra*, p. 257 ss., il commento di *LUCA TRIFONE*.

L'art. 3 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, n. 64/221/Cee, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, contrasta con una normativa nazionale che impone alle autorità nazionali di espellere dal territorio cittadini di altri Stati membri i quali, per aver commesso un reato doloso previsto dalla legge sugli stupefacenti, siano stati condannati ad una pena restrittiva della libertà personale per minorenni di almeno due anni, purché all'esecuzione della pena non sia stata applicata la sospensione condizionale.

L'art. 3 della direttiva n. 64/221 osta a una pratica nazionale secondo la quale, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro, il giudice nazionale non debba prendere in considerazione elementi di fatto successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento del soggetto interessato costituirebbe per l'ordine pubblico. Ciò avviene soprattutto qualora tra la data del provvedimento di espulsione, da un lato, e quella della sua valutazione da parte del giudice competente, dall'altro, sia trascorso molto tempo.

Gli artt. 39 CE e 3 della direttiva n. 64/221 ostano a una legislazione nazionale o a una pratica nazionale secondo la quale un cittadino di un altro Stato membro che è stato condannato ad una determinata pena per reati specifici, viene espulso dal territorio, nonostante la presa in considerazione delle circostanze familiari, basandosi sulla presunzione che costui debba essere espulso, senza tener adeguatamente conto del suo comportamento personale né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico.

L'art. 39 CE e la direttiva n. 64/221 non ostano all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro che è stato condannato a una determinata pena per reati specifici e che, da un lato, costituisce una minaccia attuale per l'ordine pubblico, e, dall'altro, ha soggiornato per molti anni nello Stato membro ospitante e può far valere circostanze familiari contro la detta espulsione, purché la valutazione effettuata dall'autorità nazionale, caso per caso, di dove si situi il giusto equilibrio tra gli interessi legittimi presenti avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario e, in particolare, tenendo debitamente conto del rispetto dei diritti fondamentali, come la tutela della vita familiare.

L'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221 osta a una disposizione di uno Stato membro che non prevede né procedimenti di opposizione né ricorsi, – in cui abbia luogo anche un esame di opportunità –, contro una decisione d'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro adottata da un'autorità amministrativa, qualora non venga istituita un'apposita autorità indipendente da tale amministrazione. Spetta al giudice nazionale verificare se i giudici come i Verwaltungsgerichte sono in grado di esaminare l'opportunità dei provvedimenti di espulsione.

(*Omissis*) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Causa n. C-493/01

Sulla prima questione

- Portata della questione

58. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se gli artt. 39, n. 3, CE e 3 della direttiva n. 64/221 contrastino con una normativa nazionale che prescrive alle autorità competenti di espellere i cittadini di altri Stati membri i quali, per aver commesso un reato doloso previsto dalla legge sugli stupefacenti, siano stati condannati ad una pena restrittiva della libertà personale per minorenni di almeno due anni, purché all'esecuzione della pena non sia stata applicata la sospensione condizionale.

59. Dal fascicolo risulta che il giudice del rinvio, con la sua questione, si riferisce all'art. 47, n. 1, dell'*Ausländergesetz* (obbligo di espulsione), che costituisce il fondamento normativo dell'espulsione ordinata nei confronti del signor Oliveri.

- Osservazioni presentate alla Corte

(*Omissis*)

- Risposta della Corte

62. Occorre ricordare che il principio della libera circolazione dei lavoratori, stabilito dall'art. 39 CE, fa parte dei fondamenti della Comunità (v., tra le altre, sentenza 3 giugno 1986 in causa n. 139/85, *Kempf*, *Raccolta*, p. 1741, punto 13). È pacifico che un provvedimento di espulsione dal territorio, applicabile a cittadini di altri Stati membri, costituisce un ostacolo all'esercizio di tale libertà. Tuttavia, un siffatto ostacolo può essere giustificato, a norma del n. 3 di tale articolo e della direttiva n. 64/221, da motivi di ordine pubblico (v., in tal senso, sentenza 17 giugno 1997 in cause riunite n. C-65/95 e n. C-111/95, *Shingara e Radiom*, *Raccolta*, I, p. 3343, punto 28).

63. Nella fattispecie occorre esaminare se l'obbligo di disporre l'espulsione di cittadini di altri Stati membri che sono stati condannati a determinate pene per specifici reati possa essere giustificato da motivi di ordine pubblico.

64. A tale proposito occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, il principio della libera circolazione dei lavoratori deve essere interpretato estensivamente (v., in tal senso, sentenze Antonissen, *cit.*, punto 11, e 20 febbraio 1997, causa n. C-344/95, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, I, p. 1035, punto 14), mentre le deroghe a tale principio devono essere, al contrario, interpretate restrittivamente (v., in tal senso, sentenze 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, *Raccolta*, p. 1337, punto 18; 26 febbraio 1975, causa n. 67/74, *Bonignore*, *Raccolta*, p. 297, punto 6; *Kempf*, *cit.*, punto 13, e 9 novembre 2000, causa n. C-357/98, *Yiadam*, *Raccolta*, I, p. 9265, punto 24).

65. Occorre aggiungere che lo status di cittadino dell'Unione impone un'interpretazione particolarmente restrittiva delle deroghe a tale libertà. Come dichiarato dalla Corte, tale status è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., in particolare sentenze 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, *Raccolta*, I, p. 6193, punto 31, e 23 marzo 2004, causa n. C-138/02, *Collins*, *Raccolta*, I, p. 2703 [*n.d.r.*], punto 61).

66. Per quanto riguarda i provvedimenti di ordine pubblico, si evince dall'art. 3 della direttiva n. 64/221 che, per poter essere giustificati, devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati. Nella stessa disposizione si precisa che la sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti. Come dichiarato dalla Corte, in particolare nella sentenza 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau* (*Raccolta*, p. 1999, punto 35), la nozione di ordine pubblico presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività.

67. Sebbene uno Stato membro possa considerare che l'uso di stupefacenti costituisce un pericolo per la collettività idoneo a giustificare provvedimenti speciali nei confronti degli stranieri che violino la normativa sugli stupefacenti, la deroga dell'ordine pubblico deve tuttavia essere interpretata restrittivamente, cosicché l'esistenza di una condanna penale può giustificare un'espulsione solo nei limiti in cui le circostanze che hanno portato a tale condanna provino un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico (v., in particolare, sentenza 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, *Raccolta*, I, p. 11, punti 22-24).

68. La Corte ne ha concluso che il diritto comunitario osta all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro fondata su motivi di prevenzione generale, ovvero che sia stata adottata nell'intento di dissuadere altri stranieri (v., in particolare, sentenza *Bonsignore*, *cit.*, punto 7), segnatamente quando tale provvedimento è stato pronunciato in modo automatico a seguito di una condanna penale, senza tener conto del comportamento personale dell'autore del reato né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico (v. citate sentenze *Calfa*, punto 27, e *Nazli*, punto 59).

69. Orbene, occorre ricordare che la questione presentata dal giudice del rinvio si riferisce a una normativa nazionale che impone l'espulsione dal territorio dei cittadini di altri Stati membri che sono stati condannati a determinate pene per specifici reati.

70. Ciò premesso, è giocoforza dichiarare che l'espulsione dal territorio è pronunciata in modo automatico a seguito di una condanna penale, senza tener conto del comportamento personale dell'autore del reato né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico.

71. Alla luce di quanto precede, si deve rispondere alla prima questione nel senso che, qualora si accerti che il ricorrente nella causa principale rientra effettivamente nell'ambito di applicazione di una delle disposizioni di diritto comunitario previste al punto 54 della presente sentenza che portano ad applicare la direttiva n. 64/221, la qual cosa spetta al giudice nazionale accertare, tali disposizioni e in particolare l'art. 3 della detta direttiva, contrastano con una normativa nazionale che impone alle autorità nazionali di espellere dal territorio i cittadini di altri Stati membri i quali, per aver commesso un reato doloso previsto dalla legge sugli stupefacenti, siano stati condannati ad una pena restrittiva della libertà personale per minorenni di almeno due anni, purché all'esecuzione della pena non sia stata applicata la sospensione condizionale.

Sulla seconda questione

- Portata della questione

72. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, di accertare se l'art. 3 della direttiva n. 64/221 osti a una pratica nazionale secondo la quale,

nell'esaminare la legittimità dell'espulsione del cittadino di un altro Stato membro, il giudice di uno Stato membro non deve prendere in considerazione elementi di fatto nonché sviluppi positivi della situazione di tale cittadino, successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente.

73. Il giudice del rinvio osserva che, secondo la costante giurisprudenza del *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale tedesca), i tribunali nazionali possono e devono tener conto degli elementi di prova intervenuti dopo l'ultima decisione dell'amministrazione solo quando tali elementi concordano con la decisione dell'autorità competente. Tale principio implicherebbe, alla luce delle circostanze della causa principale, che non possa essere preso in considerazione l'argomento sostenuto dal signor Oliveri nel corso del procedimento, ovvero che ormai era allo stadio di AIDS conclamato e che si poteva ritenere che sarebbe presto deceduto.

74. Il signor Oliveri ha altresì sostenuto dinanzi alle autorità nazionali che non vi erano più rischi di recidiva perché nel frattempo aveva acquistato maturità a seguito della vita difficile che ha condotto in prigione.

- Osservazioni della Corte

(*Omissis*)

- Risposta della Corte

77. Si deve ricordare che le autorità nazionali, per decidere se un cittadino di un altro Stato membro possa essere espulso nell'ambito della deroga fondata su motivi di ordine pubblico, devono accertare nel caso concreto se il provvedimento o le circostanze che hanno portato a tale condanna provino un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico (v., in particolare, sentenza *Calfa*, cit., punto 22). Come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 126 delle sue conclusioni, né dalla lettera dell'art. 3 della direttiva n. 64/221 né dalla giurisprudenza della Corte si possono ricavare elementi più precisi sul momento esatto corrispondente a quello «attuale» della minaccia.

78. Non si può certamente escludere, in pratica, la possibilità che tra la data della decisione di espulsione, da un lato, e quella della relativa valutazione da parte del giudice competente, dall'altro, intervengano circostanze comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia che il comportamento della persona colpita dal provvedimento di espulsione costituirebbe per l'ordine pubblico.

79. Orbene, come si evince dai punti 64 e 65 della presente sentenza, le deroghe al principio della libera circolazione dei lavoratori devono essere interpretate restrittivamente, e quindi il presupposto della minaccia attuale deve essere soddisfatto, in linea di principio, al momento dell'espulsione.

80. Se è vero che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai soggetti in forza delle norme di diritto comunitario, tuttavia le dette modalità non devono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (v., in tal senso, sentenze 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, *Raccolta*, p. 1989, punto 5, e 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, I, p. 14637 [*n.d.r.*], punto 25).

81. Una pratica nazionale come quella descritta nell'ordinanza di rinvio è tale da ledere il diritto alla libera circolazione di cui godono i cittadini degli Stati membri, e in particolare il loro diritto ad essere espulsi solo nei casi estremi previsti dalla direttiva n. 64/221. Ciò vale in particolare qualora tra la data del provvedimento di espulsione dell'interessato, da un lato, e quella della sua valutazione da parte del giudice competente, dall'altro, sia trascorso molto tempo.

82. Tenuto conto di quanto precede, si deve risolvere la seconda questione nel senso che l'art. 3 della direttiva n. 64/221 osta a una pratica nazionale secondo la quale, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro, il giudice nazionale non deve prendere in considerazione elementi di fatto successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento del soggetto interessato costituirebbe per l'ordine pubblico. Ciò avviene soprattutto qualora tra la data del provvedimento di espulsione, da un lato, e quella della sua valutazione da parte del giudice competente, dall'altro, sia trascorso molto tempo.

Causa n. C-482/01

Sulla prima questione

- Portata della questione

83. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se la limitazione della libertà di circolazione di un cittadino comunitario soggiornante da molti anni nel territorio dello Stato membro ospitante, imposta avvalendosi della deroga di ordine pubblico di cui all'art. 9, n. 3, CE, sia conforme al diritto comunitario qualora, a causa del suo comportamento personale, sia lecito ritenere che egli commetterà altri reati in futuro e qualora non si possa pretendere che il coniuge del medesimo ed i suoi figli tornino nello Stato di origine del detto cittadino.

84. Risulta dall'ordinanza di rinvio che il signor Orfanopoulos integra i presupposti di un'espulsione obbligatoria, quale quella prevista all'art. 47, n. 1, dell'*Ausländergesetz*. Tuttavia, in quanto convivente di una cittadina tedesca, egli beneficia della speciale tutela di cui all'art. 48, n. 1, di tale legge. In tale contesto, l'art. 47, n. 3, dell'*Ausländergesetz* ha l'effetto di convertire l'espulsione obbligatoria in un'espulsione di principio.

85. Il giudice del rinvio non contesta la compatibilità con il diritto comunitario del fondamento normativo del provvedimento di espulsione del signor Orfanopoulos. Esso sottolinea, infatti, che l'autorità amministrativa competente, dopo un esame delle circostanze del caso di specie e in particolare della pericolosità dell'interessato per la società, è giunta alla conclusione di non dover respingere la presunzione di cui all'art. 47, n. 1, punto 2, dell'*Ausländergesetz*. Il giudice del rinvio si chiede piuttosto se, tenuto conto della prolungata permanenza del signor Orfanopoulos in Germania, dell'importanza specifica del principio della libera circolazione nel diritto comunitario e della tutela della vita familiare, la sua espulsione sia compatibile con i principi generali del diritto comunitario, in particolare con il principio di proporzionalità. Numerosi interessati che hanno presentato osservazioni scritte contestano tuttavia la compatibilità del detto fondamento giuridico con il diritto comunitario.

- Osservazioni presentate alla Corte

(*Omissis*)

- Risposta della Corte

90. Sebbene la questione presentata si basi sul presupposto secondo il quale, nella causa principale, sia stato tenuto conto del comportamento personale del soggetto colpito da un provvedimento di espulsione, occorre esaminare, in via preliminare, come proposto da vari interessati che hanno presentato osservazioni, se l'art. 39 CE e la direttiva n. 64/221 ostino a una normativa nazionale che prevede un'espulsione di principio quando si tratta di cittadini di altri Stati membri, condannati a determinate pene per reati specifici, che beneficiano di una speciale tutela in quanto convivono con un cittadino tedesco.

91. A tal proposito occorre rilevare che, come si evince dal punto 71 della presente sentenza, gli artt. 39 CE e 3 della direttiva n. 64/221 contrastano con una normativa nazionale che impone alle autorità nazionali di espellere dal territorio i cittadini di altri Stati membri i quali, per aver commesso un reato doloso previsto dalla legge sugli stupefacenti, siano stati condannati ad una pena restrittiva della libertà personale per minorenni di almeno due anni, purché all'esecuzione della pena non sia stata applicata la sospensione condizionale.

92. Nella fattispecie, risulta a prima vista che, nonostante la presa in considerazione delle circostanze familiari, esiste, nel sistema di espulsione descritto nell'ordinanza di rinvio, un certo automatismo o, comunque, una presunzione che il cittadino interessato debba essere espulso. Come si evince dall'art. 48, n. 1, prima frase, dell'*Ausländergesetz*, i beneficiari di una speciale tutela possono essere allontanati dal territorio solo per gravi motivi di sicurezza e di ordine pubblico. Detti gravi motivi tuttavia si configurerebbero, ai sensi della seconda frase del medesimo numero, nei casi elencati all'art. 47, n. 1, di tale legge.

93. Qualora si accerti che il sistema di cui trattasi ha effettivamente tale portata, occorre dichiarare che esso implica che un cittadino di un altro Stato membro condannato ad una determinata pena per reati specifici sia espulso dal territorio, nonostante la presa in considerazione delle circostanze di carattere familiare, basandosi sulla presunzione che costui debba essere espulso, senza tener adeguatamente conto del suo comportamento personale né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico.

94. Ne consegue che un tale sistema è contrario agli artt. 39 CE e 3 della direttiva n. 64/221.

95. Per quanto riguarda la questione sollevata dal giudice del rinvio, bisogna ricordare che l'esame effettuato caso per caso dall'autorità nazionale circa l'eventuale sussistenza di un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico e, eventualmente, per sapere dove sia il giusto equilibrio tra gli interessi legittimi presenti deve essere svolto nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario.

96. Si deve rilevare che spetta all'autorità nazionale competente tener conto, nel valutare dove si situi il giusto equilibrio tra gli interessi legittimi presenti, della speciale situazione giuridica delle persone cui si applica il diritto comunitario, nonché dell'importanza fondamentale del principio della libera circolazione delle persone (v. in tal senso, sentenza *Bouchereau*, *cit.*, punto 30).

97. Dev'essere inoltre tenuto conto dei diritti fondamentali di cui la Corte garan-

tisce il rispetto. Si possono, infatti, addurre motivi d'interesse generale al fine di giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo qualora la detta misura sia conforme a tali diritti (v., in tal senso, sentenze 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, *Raccolta*, I, p. 2925, punto 43; 26 giugno 1997, causa n. C-368/95, *Familiapress*, *Raccolta*, I, p. 3689, punto 24, e 11 luglio 2002, causa n. C-60/00, *Carpenter*, *Raccolta*, I, p. 6279, punto 40).

98. In tale contesto, occorre rammentare che, nell'ambito del diritto comunitario, è stata riconosciuta l'importanza di assicurare la tutela della vita familiare dei cittadini comunitari al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. È pacifico che l'esclusione di una persona da un Paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8 della CEDU, il quale fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario (v. citata sentenza *Carpenter*, punto 41).

99. Infine, è necessario sottolineare la necessità di rispettare il principio di proporzionalità. Per valutare se l'ingerenza considerata è proporzionata allo scopo legittimamente perseguito, nel caso di specie la tutela dell'ordine pubblico, occorre considerare in particolare la natura e la gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, la durata del suo soggiorno nello Stato membro ospitante, il periodo trascorso da quando l'infrazione è stata commessa, la situazione familiare dell'interessato e la gravità delle difficoltà che rischiano di incontrare il congiunto e i loro eventuali figli nel Paese d'origine dell'interessato (v. per quanto riguarda l'art. 8 della CEDU, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 2 agosto 2001, *Boultif c. Suisse*, *Recueil des arrêts et décisions*, par. 48).

100. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione e la questione preliminare sollevata nell'ambito di quest'ultima nel senso che:

- gli artt. 39 CE e 3 della direttiva n. 64/221 ostano a una legislazione nazionale o a una pratica nazionale secondo la quale un cittadino di un altro Stato membro che è stato condannato a una determinata pena per reati specifici viene espulso dal territorio, nonostante la presa in considerazione delle circostanze di carattere familiare, basandosi sulla presunzione che costui debba essere espulso, senza tener adeguatamente conto del suo comportamento personale né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico;

- per contro, l'art. 39 CE e la direttiva n. 64/221 non ostano all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro che è stato condannato a una determinata pena per reati specifici e che, da un lato, costituisce una minaccia attuale per l'ordine pubblico e, dall'altro, ha soggiornato per molti anni nello Stato membro ospitante e può far valere circostanze di carattere familiare contro la detta espulsione, purché la valutazione effettuata dall'autorità nazionale caso per caso di dove si situi il giusto equilibrio tra gli interessi legittimi presenti avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario e, in particolare, tenendo debitamente conto del rispetto dei diritti fondamentali, come la tutela della vita familiare.

Sulla seconda questione

- Portata della questione

101. Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221 osti a una normativa, quale quella in vigore nel *Land*

Baden-Württemberg, la quale non prevede, per quanto riguarda una decisione di allontanamento dal territorio adottata da un *Regierungspräsidium*, procedimenti di opposizione, in cui abbia luogo anche un esame dei motivi di opportunità su cui si fonda tale decisione, qualora non venga istituita un'apposita autorità indipendente da tale amministrazione.

102. Risulta dall'ordinanza di rinvio e dalle osservazioni del Governo tedesco che la legittimità e l'opportunità di un atto amministrativo lesivo sono verificati in Germania, in linea di principio, dall'amministrazione nel corso di un procedimento precontenzioso, prima della proposizione di un'azione di annullamento. Tuttavia, ai sensi dell'art. 68, n. 1, prima frase, della *Verwaltungsgerichtsordnung* (codice del contenzioso amministrativo), un decreto, anche regionale, può derogare a tale principio. Il *Land* Baden-Württemberg avrebbe sfruttato tale possibilità adottando l'art. 6 *bis* dell'*Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung* (legge relativa all'attuazione del codice di procedura amministrativa). Ai sensi di tale disposizione, che avrebbe avuto effetto dal 1° luglio 1999, un procedimento precontenzioso è escluso quando un atto amministrativo è stato adottato da un *Regierungspräsidium*.

- Osservazioni presentate alla Corte

(*Omissis*)

- Risposta della Corte

105. Occorre ricordare che le disposizioni dell'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221 hanno lo scopo di attribuire un minimo di garanzie procedurali ai soggetti colpiti da un provvedimento di allontanamento dal territorio. Tale articolo, che si applica in tre ipotesi, ossia se non sono ammessi ricorsi giurisdizionali o se tali ricorsi sono intesi ad accertare soltanto la legittimità del provvedimento o se essi non hanno effetto sospensivo, prevede l'intervento di un'autorità competente diversa da quella cui spetta l'adozione del provvedimento. Tranne in casi di urgenza, l'autorità amministrativa può pronunciarsi solo dopo aver sentito il parere dell'altra autorità competente. L'interessato deve poter far valere i propri mezzi di difesa dinanzi a detto organo e farsi assistere o rappresentare secondo la procedura prevista dalla legislazione nazionale (v., in tal senso, sentenze 18 ottobre 1990 in cause riunite n. C-297/88, e n. C-197/89, *Dzodzi*, *Raccolta*, I, p. 3763, punto 62, e *Yiadom*, *cit.*, punti 29-31).

106. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'intervento dell'«autorità competente» di cui all'art. 9, n. 1, deve consentire di ottenere un esame completo dei fatti e delle circostanze, compresi i motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento considerato, prima che esso venga definitivamente adottato (sentenze *Santillo*, *cit.*, punto 12, e 18 maggio 1982 in cause riunite n. 115/81 e n. 116/81, *Adoui e Cornuaille*, in *Raccolta*, p. 1665, punto 15). La Corte ha altresì precisato che, tranne in casi di urgenza, l'autorità amministrativa può pronunciarsi solo dopo aver sentito il parere dell'autorità competente (sentenze 5 marzo 1980 in causa n. 98/79, *Pecastaing*, in *Raccolta*, p. 691, punto 17, e *Dzodzi*, *cit.*, punto 62).

107. Nella fattispecie, è pacifico che il controllo sui provvedimenti di allontanamento adottati da *Regierungspräsidien* è effettuato, nel *Land* Baden-Württemberg, da giudici amministrativi nell'ambito di procedimenti giurisdizionali.

108. Il giudice del rinvio parte dal presupposto secondo il quale, in tale *Land*, non esistono, contro tali decisioni d'espulsione, né procedimenti di opposizione né

ricorsi giurisdizionali in cui abbia luogo anche un esame dei motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento di espulsione considerato. Risulta, tuttavia, che tale giudice lascia permanere qualche dubbio per quanto riguarda i detti ricorsi.

109. Occorre respingere [*rectius*: respingere], in primo luogo, la tesi del Governo tedesco secondo la quale, al fine di rispettare le disposizioni dell'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221, è sufficiente che la decisione dell'autorità amministrativa sia sottoposta ad una verifica approfondita del diritto sostanziale entro i termini.

110. È giocoforza constatare che un'interpretazione del genere non consente di assicurare ai soggetti colpiti da un provvedimento di allontanamento dal territorio la garanzia di un esame completo dei motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento considerato e non soddisfa le esigenze di una tutela sufficientemente efficace (v., in tal senso, sentenze 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, in *Raccolta*, p. 1651, punto 17, e 15 ottobre 1987 in causa n. 222/86, *Heylens e a.*, in *Raccolta*, p. 4097, punti 14 e 15). Essa sarebbe infatti tale da privare del suo effetto utile l'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221.

111. Diversamente avverrebbe, per contro, nell'ipotesi in cui la decisione dell'autorità amministrativa sia sottoposta ad una verifica approfondita del diritto sostanziale nonché ad un esame completo dei motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento considerato.

112. Tenuto conto del dubbio che il giudice del rinvio ha lasciato in sospeso quanto alla portata del controllo operato dai giudici competenti, ossia i *Verwaltungsgerichte*, spetta ad esso verificare se questi ultimi sono in grado di esaminare l'opportunità dei provvedimenti di espulsione.

(*Omissis*)

114. Bisogna rilevare che la direttiva n. 64/221 non precisa la nozione di «autorità indipendente». Come risulta dal punto 19 della citata sentenza *Santillo*, la direttiva lascia agli Stati membri un margine discrezionale per quanto riguarda la designazione dell'autorità. Può essere considerata tale qualsiasi autorità pubblica indipendente dall'autorità amministrativa cui spetta l'adozione di uno dei provvedimenti contemplati dalla detta direttiva, organizzata in modo che l'interessato abbia il diritto di farsi rappresentare e di far valere i propri mezzi di difesa dinanzi ad essa.

115. Nella fattispecie, l'esame del fascicolo non ha consentito di accertare se, tra l'adozione della decisione di cui trattasi da parte del *Regierungspräsidium* e il sindacato giurisdizionale operato *ex post* dai giudici amministrativi, interviene un'autorità indipendente ai sensi dell'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221. Tale esame non ha permesso neanche di constatare che vi sarebbe stata, alla luce delle circostanze che hanno dato luogo alla controversia principale, una situazione di urgenza.

116. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve risolvere la seconda questione nel senso che l'art. 9, n. 1, della direttiva n. 64/221 osta a una disposizione di uno Stato membro che non prevede né procedimenti di opposizione né ricorsi – in cui abbia luogo anche un esame di opportunità – contro una decisione d'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro adottata da un'autorità amministrativa, qualora non venga istituita un'apposita autorità indipendente da tale amministrazione. Spetta al giudice nazionale verificare se i giudici come i *Verwaltungsgerichte* sono in grado di esaminare l'opportunità dei provvedimenti di espulsione.

(*Omissis*)

LA SENTENZA *ORFANOPOULOS* E LA NORMATIVA TEDESCA: INNOVAZIONI IN TEMA DI ALLONTANAMENTO DI CITTADINI COMUNITARI DAL TERRITORIO DEGLI STATI MEMBRI

Sommario: *Premessa - 1. La normativa interna tedesca - 2. La sentenza Orfanopoulos - a. I fatti di causa - b. I punti principali - 3. La direttiva n. 2004/38 - 4. I riflessi della sentenza sulla normazione interna tedesca.*

Premessa

La sentenza ha confermato la linea tradizionale di massima apertura della Corte in tema di libera circolazione dei lavoratori, ma ha al tempo stesso segnato importanti innovazioni in Germania, Paese che, specialmente nella giurisprudenza di alcuni suoi *Länder*, ha fatto un esteso uso degli allontanamenti coatti. Un breve cenno alla normativa interna tedesca è necessario per comprendere il significato della sentenza e l'influenza da questa avuta successivamente.

1. La normativa interna tedesca

Secondo la legge tedesca i provvedimenti di allontanamento possono essere adottati, in base all'art. 45 della Legge sugli stranieri (*Ausländergesetz*¹), nei casi di minaccia alla pubblica sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi fondamentali della Germania, tenuto conto della durata del soggiorno regolare dell'interessato nel Paese e dei suoi legami familiari e sociali con il territorio. L'art. 46 enumera una serie di reati potenzialmente suscettibili di dare origine ad un'espulsione, quali la messa in pericolo della sicurezza statale e del sistema democratico, reati collegati al traffico ed al consumo di stupefacenti ed alla

¹ Pubblicata in *Bundesgesetzblatt* del 9 luglio 1990, *BGBl*, I, 1990 s. 1354.

sanità pubblica, reati reiterati e dolosi; include nei comportamenti passibili di espulsione la fruizione dei sussidi sociali e per l'educazione dei figli. L'art. 47 prevede due ipotesi di espulsione, descritte rispettivamente dal primo e dal secondo comma; la prima, automatica, in presenza di una condanna per delitto a pena non inferiore a tre anni o più condanne per complessivi cinque anni; l'altra, discrezionale, in presenza di condanna definitiva alla reclusione senza il beneficio della condizionale, ovvero in violazione della legislazione in materia di stupefacenti. I titolari di un permesso di soggiorno illimitato godono, in virtù dell'art. 48 della legge sugli stranieri, di una protezione "rafforzata": possono essere espulsi esclusivamente per gravi motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza; la misura deve essere adottata esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'interessato; la sola esistenza di condanne penali non è sufficiente a giustificare il provvedimento.

L'interessato ha a disposizione diversi mezzi di impugnazione contro il provvedimento: in primo luogo egli dispone del ricorso amministrativo in opposizione, da presentare all'organo che ha provveduto ad emanare la misura (il *Regierungspräsidium*); la legge tedesca dà però la possibilità ai singoli *Länder* di abolire il ricorso amministrativo, e nel caso di specie il *Land* federale Baden-Württemberg ha così fatto, con decreto del 1° luglio 1999. Qualora sia disposta l'immediata esecuzione dell'espulsione l'art. 80, n. 5 della legge sui Tribunali amministrativi (*Verwaltungsgerichtsordnung*)² prevede un ricorso dinanzi al giudice amministrativo tendente ad ottenerne la sospensione. L'interessato dispone, infine, del ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo contro l'illegittimità dell'espulsione, per motivi sia di legittimità che di merito, secondo l'art. 27 della medesima legge.

Sulla scorta della suddetta disciplina alle Autorità tedesche è concessa ampia discrezionalità nel comminare l'espulsione. Nell'ambito di tale discrezionalità si è dato corso, specialmente in alcuni *Länder*, ad un meccanismo di collegamento sistematico della misura al tipo di reato, senza valutare i legami sociali del soggetto con il territorio ospitante, ed irrogando l'espulsione anche nei casi in cui la legge non impone obbligatoriamente l'allontanamento, ma ne dà solo facoltà. In tal modo la Germania ha solo «esportato il rischio»³ di comportamenti antisociali, rinviando gli individui ritenuti pericolosi per la società nei loro Paesi di provenienza, ed a ragione la Corte di giustizia ha sanzionato l'illegittimità di tale prassi.

² Pubblicata in *Bundesgesetzblatt* del 21 gennaio 1960, *BGBI*, I, 1960, s. 17.

³ Espressione che rende pienamente il senso, usata dall'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle sue conclusioni, al punto 40.

2. La sentenza *Orfanopoulos*

a. *I fatti di causa*

La sentenza riguarda il ricorso di Georgios Orfanopoulos e Raffaele Oliveri, entrambi residenti nel *Land Baden-Württemberg*, avverso la decisione di espulsione dal territorio tedesco, per consumo di stupefacenti e reati connessi⁴. Gli attori avevano adito il Tribunale amministrativo di Stoccarda (*Verwaltungsgericht*) per contestare la compatibilità delle norme tedesche in materia di espulsione degli stranieri con la direttiva n. 64/221, che disciplina i motivi – l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica – per i quali limitare la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione⁵.

Il Tribunale amministrativo ha proposto la questione di interpretazione alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE, di due pregiudiziali per ciascuna causa.

Nella causa n. C-482/01 la prima questione verteva sull'interpretazione dell'art. 39, n. 3, CE, ovvero sulla liceità di una normativa interna che prescrive l'automatica espulsione dal territorio nazionale se il comportamento personale del colpevole possa far ritenere che egli commetterà altri reati in futuro, e qualora non si possa pretendere che il coniuge del medesimo ed i suoi figli tornino nello Stato di origine; la seconda poneva il problema se il diritto comunitario – nella fattispecie l'art. 9, n. 1, della direttiva del Consiglio n. 64/221 – vietasse una normativa nazionale che non prevede procedimenti amministrativi di opposizione che esaminino anche i motivi di opportunità della decisione. Nella causa n. C-493/01 la prima questione sottoposta ai giudici di Lussemburgo riguardava la compatibilità degli artt. 39 CE e 3 della medesima direttiva con una normativa nazionale che stabilisce in maniera obbligatoria l'automaticità dell'espulsione dei cittadini di altri Stati membri condannati con sentenza passata in giudicato; la seconda concerneva la possibilità di tenere conto, nell'erogazione della misura interdittiva, della condotta dell'interessato successiva alla condanna, sempre ai sensi dell'art. 3 della direttiva.

La Corte, decidendo in simultaneo processo per l'identità del tema, ha statuito, nella prima causa, che:

1. il diritto comunitario osta all'espulsione di un cittadino se tale provvedimento è fondato su una quasi automatica presunzione di espulsione in presenza di determinati reati, e non ha anche riguardo alle circostanze familiari dell'individuo, sicché la sanzione può essere comminata solo quando l'autorità nazionale ha effettuato l'equo contemperamento degli interessi legittimi degli individui e della legislazione nazionale⁶;

⁴ La sentenza è stata commentata da RIONDATO, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 1576.

⁵ In *Guce* n. L 56 del 4 aprile 1964, p. 850.

⁶ V. punto 100 della motivazione.

2. contrasta con il diritto comunitario la normativa interna che non predispone un procedimento di opposizione con il ricorso davanti ad un'autorità amministrativa indipendente⁷.

Sulla seconda causa la Corte ha deciso che:

1. l'espulsione automatica di una persona dal territorio nazionale non è conforme al diritto comunitario, poiché essa contrasta con la direttiva n. 64/221, nella parte in cui essa prevede che i provvedimenti di restrizione della libertà di circolazione devono essere interpretati in senso restrittivo, ed essere adottati solo in relazione al comportamento personale dell'individuo e tenendo conto dei suoi legami familiari e sociali⁸;

2. l'espulsione deve tenere conto della persistente attualità dello stato di pericolo sociale, onde l'art. 3 della direttiva n. 64/221 non consente una pratica nazionale che, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino, escluda gli elementi di fatto intervenuti successivamente all'adozione della sanzione, specialmente quando sia trascorso molto tempo tra la data del provvedimento di espulsione e quello della sua valutazione di legittimità⁹.

b. I punti principali

La sentenza *Orfanopoulos* ha ribadito l'interpretazione restrittiva delle limitazioni alla libera circolazione delle persone per ragioni di ordine pubblico¹⁰, ispirandosi ai principi poi trasfusi nella direttiva europea n. 2004/38.

Tra i punti importanti della sentenza si evidenzia, anzitutto, il rifiuto dell'acritico automatismo fra condanna penale e provvedimento di espulsione.

Dando atto dell'interpretazione restrittiva delle limitazioni alla libera circolazione delle persone, e muovendo dall'art. 3 della direttiva n. 64/221, la Corte ha constatato che l'allontanamento aveva, nel caso in esame, tutte le caratteristiche di un provvedimento di prevenzione a carattere generale, siccome disposto a seguito della sola constatazione dell'esistenza di una condanna penale, e senza la considerazione sia del comportamento personale dell'autore del reato, che dell'attuale pericolo per l'ordine pubblico¹¹. La Corte ha esplicitamente condannato «un certo automatismo» nell'espulsione di un cittadino

⁷ V. punto 116 della motivazione.

⁸ V. punto 71 della motivazione.

⁹ V. punto 82 della motivazione.

¹⁰ Principio affermato al punto 65 della sentenza e che è una delle costanti della giurisprudenza della Corte: v. sentenze della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, in *Raccolta*, 1974, p. 1337, punto 18 della motivazione; del 26 febbraio 1975 in causa n. 67/74, *Bonsignore*, in *Raccolta*, 1975, p. 297, punto 6 della motivazione; 3 giugno 1986 in causa n. 139/85, *Kempf*, in *Raccolta*, 1986, p. 1741, punto 13 della motivazione e del 9 novembre 2000 in causa n. C-357/98, *Yiadom*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9265, punto 24 della motivazione e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 67.

¹¹ Punti 69, 70 e 92 della motivazione. Anche l'Avvocato Generale, al punto 111 delle conclusioni, parla di «divieto di valutazioni globali».

di altro Stato membro convivente con una cittadina tedesca. Pur ammettendo, in linea di principio, che l'allontanamento di un individuo con legami familiari in terra tedesca sia possibile, i giudici di Lussemburgo hanno specificato che in tal caso si debba ricercare il giusto equilibrio fra gli interessi del cittadino straniero e quelli dello Stato, nel rispetto dei principi del diritto comunitario e dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, in particolare, la tutela della vita familiare¹². Essenziale è anche, ha statuito la Corte, che sia verificato il principio di proporzionalità della sanzione, affinché essa tenga conto di tutti i fatti idonei ad influire sulla vita sociale dell'interessato¹³.

La decisione pone, altresì, in rilievo altri due elementi. In primo luogo, imponendo al giudice nazionale di prendere in considerazione le circostanze e gli elementi sopravvenuti all'ultimo provvedimento dell'autorità competente¹⁴, la Corte vuole non solo che le condizioni alle quali la tutela è garantita non siano tali da rendere «impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario¹⁵», ma anche che esse assicurino il principio di effettività, uno dei principi generali del diritto comunitario¹⁶.

In ultimo, la sentenza apporta anche considerevoli innovazioni sul piano procedimentale. Essa condanna le disposizioni di Stati membri che non prevedono un'autorità amministrativa davanti alla quale il cittadino possa far valere le proprie ragioni sul merito del provvedimento, ai sensi dell'art. 9, n. 1 della direttiva n. 64/221¹⁷. La Corte ribadisce che la normativa comunitaria ha lo scopo di «garantire un minimo di garanzie procedurali¹⁸» ai destinatari del

¹² Punti 95 e 100 della motivazione. I principi fondamentali della persona si evincono dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che fa parte dei diritti fondamentali del diritto comunitario, così come specificato dalla Corte nelle pronunce del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99, *Connolly*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611, punto 37 della motivazione e dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279, punto 41 della motivazione, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 528, e messo in rilievo dall'Avvocato Generale al punto 53 delle conclusioni. L'art. 8, comma 1, della CEDU disciplina specificamente il diritto al rispetto della vita familiare.

¹³ Punto 99 della sentenza. Il principio di proporzionalità, previsto dall'art. 5, 3° comma, del Trattato, vuole che le misure imposte dalla normativa delle istituzioni comunitarie possano realizzare l'obiettivo propositosi senza porre agli Stati obblighi eccessivamente penalizzanti nonché che gli Stati membri non si facciano eccessivamente scudo delle prerogative loro concesse per eludere gli scopi del Trattato.

¹⁴ Punto 82 della motivazione. La Corte mette giustamente in rilievo, al punto 78 della motivazione, che «Non si può certamente escludere (...) la possibilità che tra la data della decisione di espulsione e quella della relativa valutazione da parte del giudice competente intervengano circostanze comportanti il venire meno o una rilevante attenuazione della minaccia».

¹⁵ Punto 80 della motivazione.

¹⁶ Il principio è ribadito dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia: v. sentenza del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595, punto 14 della motivazione e sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357, punto 43 della motivazione. Di principio di effettività nella causa in commento parla l'Avvocato Generale al punto 130 delle conclusioni.

¹⁷ V. al punto 116 della motivazione e nella sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982 in cause riunite n. 115 e n. 116/81, *Adoui e Cornuaille*, in *Raccolta*, 1982, p. 1665, punto 15 della motivazione.

¹⁸ Punto 105 della motivazione.

provvedimento di espulsione, e che l'autorità amministrativa può solo in casi di urgenza applicare l'allontanamento senza il vaglio di altra autorità amministrativa indipendente¹⁹. Al di là delle ipotesi di urgenza, l'interessato deve poter far valere i propri mezzi di difesa, secondo la procedura prevista dalla legislazione nazionale, dinanzi ad un organo terzo²⁰, e tale «autorità competente» deve assicurare all'interessato la possibilità dell'esame completo dei fatti e delle circostanze, compresi i motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento considerato, prima che ad esso venga definitivamente data esecuzione²¹. Nel caso deciso il ricorrente non aveva avuto a disposizione il ricorso davanti ad un'autorità amministrativa indipendente con il quale far valere i motivi di merito, poiché la normativa interna del *Land* federale *Baden-Württemberg* esclude il ricorso amministrativo avverso le decisioni del *Regierungspräsidium*, ovvero un procedimento di verifica della legittimità e dell'opportunità dell'atto amministrativo emanato, e nella fattispecie non era evidente che il Tribunale amministrativo avesse verificato i motivi di opportunità dell'espulsione, né che tale mancanza fosse stata motivata da ragioni di urgenza²². In tal modo il cittadino non ha ricevuto la tutela giuridica prevista dall'art. 9, n. 1 della direttiva n. 64/221, ed opportuna è stata la decisione dei giudici di Lussemburgo di sanzionare, nello specifico, la normativa interna del *Baden-Württemberg*.

3. La direttiva n. 2004/38

Gli stessi principi cui si ispira la sentenza sono enunciati nella direttiva n. 2004/38²³, che disciplina le eccezioni alla libera circolazione delle persone ed il diritto di soggiorno dei cittadini in tutto il territorio dell'Unione.

L'art. 27 ammette invero che gli Stati membri hanno il diritto di limitare la libertà di circolazione solo per gravi motivi di ordine pubblico, sicurezza e sanità pubbliche; le limitazioni non possono essere dettate da motivi di prevenzione generale, né adottate per motivi economici, e devono rispettare il principio di proporzionalità; i destinatari possono essere solo singoli cittadini,

¹⁹ La Corte ha infatti ritenuto non sufficiente la già prevista garanzia del ricorso al giudice amministrativo, giacché l'istanza al *Verwaltungsgericht* risulta consentito per motivi solo di legittimità e non di merito: v. punti 108 e 113 della motivazione.

²⁰ Sempre al punto 105 della motivazione e già nella giurisprudenza della Corte di giustizia: v. sentenza *Yiadom*, cit. *supra*, nota 9, punto 62 della motivazione.

²¹ V. punto 106 della motivazione.

²² V. punto 115 della motivazione.

²³ Direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, in *Gu-Ue* n. L 158 del 30 aprile 2004. Un caso quanto mai opportuno ha fatto sì che la direttiva e la sentenza siano state emanate lo stesso giorno. V. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in questa *Rivista*, 2005, p. 7 ss.

il cui comportamento personale va valutato sempre in concreto e senza criteri di generale automatismo²⁴.

L'art. 28 prevede una protezione rafforzata per i cittadini dell'Unione, precisando che prima di adottare un provvedimento di allontanamento lo Stato deve tenere conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato e la sua integrazione nel Paese ed i suoi legami familiari e sociali; inoltre, i cittadini stranieri non possono essere allontanati dal territorio se vi hanno soggiornato per più di dieci anni o se sono minorenni.

Dal punto di vista procedurale l'art. 30 vuole che ogni provvedimento di espulsione sia notificato all'interessato per iscritto, unitamente ai motivi che ne hanno suggerito l'adozione, in modo che egli ne comprenda il contenuto e le conseguenze²⁵.

L'art. 31 fornisce le altre garanzie perché sia consentito ai cittadini dell'Unione di accedere ai mezzi di impugnazione giurisdizionali ed amministrativi, imponendo non solo la cautela della sospensione dell'esecuzione in costanza di impugnazione, ma anche di tenere conto, nell'erogazione della sanzione, dei legami familiari e sociali di cui all'art. 28, comma 1.

Anche in materia di diritto di soggiorno la nuova direttiva ha introdotto modifiche di rilievo, da ritenersi quanto mai opportune perché spesso sono stati segnalati casi di allontanamento per diniego del permesso di soggiorno, fattispecie diversa da quella precedentemente descritta dell'allontanamento per condanna penale.

La direttiva accorda, in generale, a tutti i cittadini il diritto di soggiorno in ogni Stato dell'Unione²⁶, a condizione che si tratti di lavoratori subordinati o di soggetti che dispongano, per sé e per i propri familiari, di un'assicurazione malattia e di risorse economiche sufficienti per evitare che durante il soggiorno si venga a costituire un onere per lo Stato ospitante (artt. 7-22²⁷).

L'art. 16 della direttiva introduce il diritto al soggiorno permanente del cittadino comunitario che ha dimorato per più di cinque anni nello Stato, e tale diritto si estende ai suoi familiari; esso è certificato dalla carta di soggiorno, che lo Stato membro rilascia nel più breve tempo possibile (art. 20). L'innovazione non è di poco momento, sia perché dopo cinque anni il cittadino

²⁴ Così come disciplinato dalla precedente direttiva n. 64/221, che la nuova espressamente abolisce.

²⁵ Garanzia molto importante per quelle comunità di cittadini dell'Unione che hanno difficoltà in Paesi la cui lingua è di difficile apprendimento.

²⁶ Le limitazioni all'interno del territorio di uno Stato sono possibili solo qualora previste anche per i cittadini dello Stato ospitante, secondo il principio della parità di trattamento. V. in materia la sentenza del 26 novembre 2002 in causa n. C-100/01, *Olazabal*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10981, con commento di TRIFONE, *L'ammissibilità di limiti parziali alla circolazione delle persone: la sentenza Oteiza Olazabal*, in questa *Rivista*, 2003, p. 755, e di CHALTIEL, *L'ordre public devant la Cour de Justice des Communautés européennes – à propos de l'arrêt Olazabal*, *RMCUE*, 2003, p. 120.

²⁷ Il comma 3 dell'art. 7 disciplina le ipotesi in cui il cittadino gode del diritto al soggiorno anche al di fuori della formulazione generale dei primi due commi.

acquista *ipso iure* il diritto di soggiorno (e non deve essere lui a richiedere, come in precedenza, il diritto di soggiorno illimitato); sia perché lo Stato membro non può compiere più alcuna valutazione discrezionale, essendo tenuto a concedere tale documento.

I provvedimenti di allontanamento motivati dalla mancata iscrizione del cittadino straniero al sistema previdenziale dello Stato ospitante e dal ricorso eccessivo al sistema sociale sono tuttora ammessi, ma solo in via residuale (art. 14, comma 1); la direttiva ha ristretto tale ipotesi stabilendo che il fatto che il soggetto debba fare ricorso al sistema di sicurezza sociale dello Stato ospitante non dà automaticamente luogo ad un provvedimento di allontanamento (art. 14, comma 3)²⁸, abrogando così l'art. 46, n. 6 e n. 7 della legge sugli stranieri.

4. I riflessi della sentenza sulla normazione interna tedesca

La sentenza della Corte di giustizia e la nuova direttiva non potevano non incidere profondamente sulla legislazione interna e sulla prassi amministrativa e giurisdizionale tedesche.

Il Tribunale Amministrativo Federale (*Bundesverwaltungsgerichtshof*) si è per primo adeguato alla sentenza in commento, con una decisione che limita notevolmente la possibilità di espellere cittadini comunitari dal territorio tedesco²⁹. Tale pronuncia ha previsto che a base dell'espulsione deve essere la condotta personale dell'interessato; che non vi possono essere espulsioni automatiche; che devono essere adeguatamente apprezzate le circostanze successive all'irrogazione dell'espulsione che militino in favore del reo. Com'è agevole arguire, le condizioni delle quali il Tribunale Amministrativo Federale ha previsto l'obbligatorio esame sono le stesse indicate dalla sentenza in commento, che viene così ad assumere la specifica valenza di *leading case* non solo in prospettiva europea, ma anche e soprattutto per la legislazione tedesca.

Anche legislativamente la Germania è stata rapida ad adeguarsi ai mutamenti ed ha approvato, di recente, la nuova legge sul soggiorno degli stranieri in territorio tedesco, intitolata «Zuwanderungsgesetz», che rispecchia i principi della direttiva n. 2004/38, pur non costituendone formalmente l'applicazione, ed il *dictum* della sentenza *Orfanopoulos*³⁰.

²⁸ In sede di primissimo commento si può già dire che, data la mole delle controversie già esistenti in materia, specialmente da parte e contro quegli Stati che hanno uno sviluppato sistema di sicurezza sociale, la clausola dell'onere eccessivo avrà bisogno di specificazione ulteriore da parte della Corte di giustizia.

²⁹ Causa 1 C 30.02 del 3 agosto 2004.

³⁰ Pubblicata in *Bundesgesetzblatt* del 5 agosto 2004, *BGBl*, I, 2004, s. 1950.

La legge regola in generale il soggiorno degli stranieri in territorio tedesco. Per i cittadini comunitari l'art. 6, n. 2, stabilisce una protezione rafforzata contro gli allontanamenti, indicando che l'espulsione per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza pubblica può essere comminata solo a seguito di condanne penali fondate su circostanze che permettano di identificare un comportamento personale rappresentativo di una grave ed attuale minaccia dell'ordine pubblico, con una messa in pericolo grave di un interesse fondamentale della società. Parallelamente l'art. 2, comma 5 abolisce l'obbligo di richiedere il permesso di soggiorno e ad esso sostituisce il solo obbligo di notificare all'Autorità competente lo stabilimento sul suolo tedesco.

Sono due innovazioni rilevanti: la prima, perché restringe sul piano normativo la possibilità che i cittadini comunitari possano essere espulsi ed impone obbligatoriamente la valutazione della situazione e delle esigenze familiari e sociali dell'interessato, abrogando così le ipotesi di espulsione automatica ai sensi dell'art. 47, comma 1, della legge sugli stranieri; la seconda, perché comporta, in linea teorica³¹, l'impossibilità dell'allontanamento per scadenza del permesso di soggiorno.

L'importanza della pronuncia *Orfanopoulos* non va rilevata solo per gli effetti che ne derivano nel diritto comunitario, laddove essa conferma il pregresso orientamento tradizionale della giurisprudenza in tema di libera circolazione delle persone. Ben più importanti sono i riflessi, diretti ed indiretti, che essa, per il tramite della direttiva comunitaria n. 2004/38, ha già avuto sulla legislazione della Germania e che potrà avere sulle legislazioni di altri Stati che, di fatto, pongano ancora ostacoli interni alla piena affermazione del principio della libera circolazione e soggiorno delle persone.

Luca Trifone*

³¹ Bisognerà poi esaminare l'applicazione pratica dei singoli *Länder*, alcuni dei quali tenderanno a ridurre la portata dell'innovazione.

* Segretario di legazione - Ministero degli Affari Esteri. Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

ISCRIZIONE ALL'ALBO DEI CONSULENTI DI BREVETTI DELLO STATO MEMBRO OSPITANTE E DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 febbraio 2003 in causa n. C-131/01

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Artt. 49 CE - Libera prestazione dei servizi - Normativa italiana - Consulenti in materia di brevetti residenti in altri Stati membri - Obbligo di iscriversi all'albo dei consulenti in materia di brevetti dello Stato membro ospitante - Obbligo di avere una residenza o un domicilio professionale nello Stato membro ospitante - Sussistenza.

Mantenendo una regolamentazione che impone ai consulenti in materia di brevetti stabiliti in altri Stati membri di essere iscritti all'albo italiano dei consulenti in materia di brevetti e di avere una residenza o un domicilio professionale in Italia per prestare servizi dinanzi all'Ufficio italiano dei brevetti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 49 - 55 CE¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ L'art. 94 del r.d. n. 1127 del 29 giugno 1939, recante disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali (in *Guri* n. 215 del 7 agosto 1979, p. 6597), nella sua versione risultante dal dpr del 22 giugno 1979, n. 338, recante revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti, in applicazione della delega di cui alla l. n. 260 del 26 maggio 1978, stabilisce che: «nessuno è tenuto a farsi rappresentare da un

mandatario abilitato nelle procedure di fronte all'Ufficio centrale brevetti; le persone fisiche e giuridiche possono agire per mezzo di un loro dipendente anche se non abilitato. Il mandato può essere conferito soltanto a mandatari iscritti in un albo all'uopo tenuto dall'Ufficio centrale brevetti. Il mandato può anche essere conferito a un avvocato o procuratore legale iscritto nel rispettivo albo professionale».

L'art. 2 del dm del 30 maggio 1995, n. 342, «Regolamento recante l'ordinamento della professione di consulente in proprietà industriale e la formazione del relativo albo» (in *Guri* n. 192 del 18 agosto 1995, p. 15), assoggetta l'iscrizione all'albo italiano dei consulenti in materia di brevetti alle seguenti condizioni: «può essere iscritta all'albo dei consulenti in proprietà industriale abilitati qualsiasi persona fisica che: (...) c. abbia la residenza ovvero un domicilio professionale in Italia, salvo che si tratti di cittadino di Stati che consentono ai cittadini italiani l'iscrizione a corrispondenti albi senza tale requisito; d. abbia superato l'esame di abilitazione di cui all'art. 6 o abbia superato la prova attitudinale prevista per i consulenti in proprietà industriale al 2° comma dell'art. 6 del dlgo del 27 gennaio 1992, n. 115» (recante attuazione della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee, in *Guce*, n. L 19 del 1989, p. 16, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni).

La Commissione, nel proprio ricorso, ha rimproverato all'Italia di aver mantenuto in vigore la normativa, sopra citata, che impone ai consulenti in materia di brevetti stabiliti in altri Stati membri l'obbligo di essere iscritti nell'albo italiano dei consulenti e di avere una residenza o un domicilio professionale in Italia per poter fornire servizi dinanzi all'Ufficio italiano dei brevetti.

Così facendo l'Italia avrebbe violato gli artt. 49 e 55 CE relativi alla libera prestazione di servizi.

La Corte di giustizia, con riferimento al primo motivo dedotto dalla Commissione relativo al regime di iscrizione obbligatoria all'albo italiano dei consulenti in materia di brevetti, si è soffermata sul carattere temporaneo dell'esercizio delle attività nello Stato membro ospitante. A parere della Corte, il carattere temporaneo dell'esercizio di un'attività nello Stato membro ospitante, ai sensi dell'art. 50, 3° comma CE, deve essere valutato non solo in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità della stessa. La nozione di stabilimento ai sensi del Trattato comporta, altresì, la possibilità per un cittadino comunitario di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine (cfr. sentenza 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 BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301).

Nella valutazione, nel caso di specie, dell'assenza di carattere stabile e continuativo della partecipazione dell'interessato alla vita economica dello Stato membro ospitante, la Corte osserva che nonostante l'attività di rappresentanza del consulente in materia di brevetti dinanzi a un ufficio nazionale dei brevetti comporti una serie di operazioni che si prolungano nel tempo, non si può ritenere che l'esercizio di quest'attività determini inevitabilmente una partecipazione stabile e continuativa alla vita economica dello Stato membro ospitante. Ne consegue che l'attività di consulente in materia di brevetti può rientrare nella sfera di applicazione delle norme relative alla libera prestazione dei servizi.

L'obbligo imposto ai consulenti in materia di brevetti, stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana che intendono fornire una prestazione di servizi in quest'ultimo Stato, d'isciversi all'albo italiano dei consulenti in materia di brevetti, costituisce una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE che, nel caso di specie, non può essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Il controllo dell'idoneità professionale alla cui efficacia è subordinata l'iscrizione obbligatoria dei consulenti in materia di brevetti al relativo albo italiano non opera alcuna distinzione tra i prestatori di servizi le cui competenze e qualità professionali hanno costituito oggetto di un controllo nello Stato membro di origine e quelli che non sono stati sottoposti a un tale controllo. Si sarebbero potute adottare, secondo la Corte, misure meno restrittive al fine di realizzare gli obiettivi legittimamente perseguiti dal nostro Paese (cfr. sentenza del 3 ottobre 2000

in causa n. C-58/98, *Corsten*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7919).

Sul secondo motivo dedotto dalla Commissione relativo all'obbligo di residenza o di domicilio professionale in Italia, la Corte osserva che imporre a un consulente in materia di brevetti, già stabilito e autorizzato in un altro Stato membro e che intenda fornire prestazioni di servizi, di avere una residenza o un domicilio professionale stabili nello Stato membro ospitante costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi (cfr., in particolare, sentenza del 4 dicembre 1986 in causa n. 252/83, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1986, p. 3713).

Tale condizione è compatibile con gli artt. 49 e 50 CE solamente in presenza di esigenze imperative legate all'interesse generale tali da giustificare una restrizione alla libera prestazione di servizi. È pur vero, precisa la Corte, che l'esigenza di determinare il giudice competente per territorio in caso di controversia relativa a un brevetto registrato in Italia, nonché la necessità di assicurare il regolare svolgimento del procedimento possono costituire valide ragioni imperative d'interesse generale tali da giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Nonostante ciò, il requisito contenuto nella normativa italiana va ben oltre quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in quanto, anche in questo caso, l'Italia avrebbe potuto adottare provvedimenti meno restrittivi per la realizzazione di tali scopi. La Corte di giustizia, pertanto, rilevando la fondatezza delle censure sollevate dalla Commissione ha dichiarato l'inadempimento dell'Italia.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULL'OBBLIGO DI UN'IMPRESA DI RENDERSI GARANTE PER LA RETRIBUZIONE MINIMA DEI LAVORATORI ALLE DIPENDENZE DI UN SUBAPPALTATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 12 ottobre 2004 in causa n. C-60/03

Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. José Filipe Pereira Félix

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Restrizioni alla libera prestazione dei servizi - Direttiva n. 96/71/Ce - Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi - Imprese del settore edile - Subappalto - Obbligo per un'impresa di rendersi garante per la retribuzione minima dei lavoratori alle dipendenze di un subappaltatore - Tutela del lavoratore.

L'art. 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996, n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, interpretato alla luce dell'art. 49 Trattato CE, non osta, in una controversia come quella che è oggetto della causa principale, a una normativa nazionale secondo la quale un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi di tale impresa o di un subappaltatore relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti di un

*contratto collettivo, quando il salario minimo consiste nell'importo che deve essere pagato al lavoratore previa deduzione delle imposte e dei contributi previdenziali e di sostegno del lavoro o dei corrispondenti oneri di sicurezza sociale (salario netto), qualora la suddetta normativa non abbia quale scopo primario la tutela del salario del lavoratore o tale tutela costituisca solo uno scopo secondario di quest'ultima*¹.

¹ La controversia dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata ha visto contrapposti, da un lato, un'impresa di costruzioni denominata Wolff & Müller GmbH & Co. (di seguito: Wolff & Müller) e, dall'altro, il signor Pereira Félix, ricorrente, in merito alla responsabilità di tale impresa in qualità di garante per il pagamento del salario minimo dovuto al ricorrente dal proprio datore di lavoro.

Il signor Pereira, cittadino portoghese, è stato dipendente di un'impresa edile portoghese come muratore in un cantiere a Berlino, in Germania. Tale impresa eseguiva nel cantiere in questione lavori in cemento e in cemento armato per conto dell'impresa Wolff & Müller.

Il signor Pereira presentava ricorso dinanzi al Tribunale del lavoro di Berlino chiedendo al proprio datore di lavoro e alla Wolff & Müller, in qualità di debitori in solido, il pagamento delle retribuzioni arretrate. La Wolff & Müller si opponeva alle richieste del signor Pereira sostenendo, in particolare, che era esclusa la propria responsabilità per il fatto che l'art. 1 *bis* della legge tedesca sul distacco dei lavoratori (AentG) - invocato dal ricorrente - costituiva un'inammissibile violazione della libertà di esercizio di un'attività professionale tutelata dall'art. 12 della Legge fondamentale tedesca e contrastava con la libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 49 CE.

Secondo la normativa tedesca, un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione è responsabile, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi di tale impresa o di un subappaltatore relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore. L'art. 1 *bis* dell'AentG prevede che: «Un'impresa, che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori edili (...), risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio della previa escussione, per gli obblighi di tale impresa, di un subappaltatore o di un intermediatore di manodopera, utilizzato dall'impresa o da un subappaltatore, relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti del contratto collettivo (...)».

Il *Bundesarbeitsgericht* adito dalla Wolff & Müller, a seguito del rigetto parziale del suo ricorso in appello, decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire l'esistenza di un contrasto tra la normativa nazionale e l'art. 49 CE.

La Corte precisa innanzitutto come i fatti della causa principale rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva n. 96/71/Ce (in *Guce* n. L 18 del 1997, p. 1); in particolare si fa riferimento all'art. 1, n. 3, lett. *a.*, ai sensi del quale: «La presente direttiva si applica nella misura in cui le imprese di cui al par. 1 adottino una delle misure transnazionali seguenti: *a.* distaccino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia». Inoltre, ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 96/71/Ce è previsto che gli Stati membri adottino misure adeguate in caso di inosservanza della direttiva stessa. Essi provvedono, in particolare, a che i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure appropriate per l'esecuzione degli obblighi previsti dalla direttiva. Ne consegue che spetta agli Stati membri il compito di vigilare affinché i lavoratori distaccati dispongano di procedure adeguate per poter effettivamente conseguire un salario minimo (sul potere discrezionale riconosciuto agli Stati, cfr. sentenze del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607 e del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Karner*, in *Raccolta*, 2004, I, p.

3025 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 538). La Corte precisa, altresì, che l'art. 49 CE impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, applicabile sia ai prestatori nazionali che a quelli degli altri Stati membri, quando sia tale da vietare o ostacolare le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro nel quale fornisce legalmente servizi simili (cfr. sentenza del 24 gennaio 2002 in causa n. C-164/99, *Portugaia Construções*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 787, in questa *Rivista*, 2002, p. 92).

La normativa nazionale controversa, anche se costituisce una restrizione alla libertà di prestazione di servizi, potrebbe trovare giustificazione in quanto rispondente a ragioni imperative di interesse generale sempreché questo non sia tutelato da norme cui il prestatore sia soggetto nello Stato membro in cui risiede. Tali norme, inoltre, devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

A parere della Corte, la norma nazionale - secondo la quale al primo debitore del salario minimo, ossia il datore di lavoro, viene affiancato un secondo debitore - è atta a garantire la tutela dei lavoratori distaccati. Tuttavia, in considerazione del fatto che una misura per essere giustificata, deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non deve andare oltre quanto sia necessario per il suo raggiungimento, viene demandato al giudice *a quo* il compito di verificare se ricorrano tali presupposti in considerazione dello scopo perseguito, che è quello di garantire la tutela del lavoratore interessato.

INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 96/9/CE SULLA TUTELA GIURIDICA DELLE BANCHE DATI

Corte di giustizia

Sentenza del 9 novembre 2004 in causa n. C-46/02

Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 96/9/Ce - Tutela giuridica delle banche dati - Soggetti legittimati allo sfruttamento - Nozione di investimento collegato al conseguimento, alla verifica o alla presentazione del contenuto di una banca di dati - Calendari di campionati di calcio - Scommesse.

La nozione di investimento collegato al conseguimento del contenuto di una banca di dati ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, n. 96/9/Ce relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, va intesa nel senso che indica i mezzi destinati alla ricerca di elementi esistenti e alla loro raccolta nella detta banca di dati. Essa non comprende i mezzi impiegati per la creazione degli elementi costitutivi del contenuto di una banca di dati. Nel contesto dell'elaborazione di un calendario di incontri al fine dell'organizzazione di campionati di calcio, essa non riguarda quindi i mezzi destinati alla fissazione delle date, degli

*orari e degli accoppiamenti di squadre relativi ai vari incontri di questi campionati*¹.

¹ L'art. 7 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, n. 96/9/Ce sulla tutela giuridica delle banche dati (in *Guce* n. L 77 del 1996, p. 20) costituisce l'oggetto di interpretazione nella questione pregiudiziale proposta nell'ambito della controversia insorta tra due società: la Fixtures e la Veikkaus per l'uso da parte di quest'ultima di dati relativi agli incontri di calcio dei campionati inglesi, al precipuo scopo di organizzare scommesse.

Ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 96/9/Ce gli Stati membri attribuiscono all'ideatore di una banca dati il diritto di vietare operazioni di prelevamento e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo.

Nell'esercitare in Finlandia il proprio diritto esclusivo sull'organizzazione delle scommesse, concernenti, in particolare, gli incontri di calcio, la Veikkaus ha utilizzato i dati relativi agli incontri dei campionati di calcio inglesi.

In seguito all'entrata in vigore della direttiva, la Fixtures ha citato dinanzi al *Vantaan käräjäoikeus* la Veikkaus per uso illecito da parte di quest'ultima della banca dati costituita dalla programmazione degli incontri dei campionati di calcio elaborata dalle leghe inglesi. L'organo giurisdizionale adito, dubbioso sulla questione se la programmazione degli incontri di cui trattasi costituisca una banca di dati tutelata e quale tipo di comportamento costituisca una violazione della tutela istituita dalla direttiva, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

La questione preliminare che la Corte ha dovuto risolvere è se un calendario di incontri di campionati di calcio costituisca una banca dati ai sensi dell'art. 49, n. 1, comma 2, della legge finlandese sul diritto d'autore, come modificata dalla legge che ha recepito in tale ordinamento giuridico la direttiva n. 96/9/Ce. Si è trattato perciò di chiarire cosa rientrasse nella nozione di conseguimento del contenuto di una banca dati ai sensi dell'art. 7, n. 1 della direttiva e se gli investimenti destinati dal creatore di una banca dati alla elaborazione dei dati debbano essere presi in considerazione al fine di valutare il carattere rilevante dell'investimento collegato alla costituzione della stessa banca dati.

Per investimento collegato al conseguimento del contenuto di una banca dati si devono intendere i mezzi destinati alla ricerca di elementi indipendenti esistenti e alla loro riunione nella banca dati stessa, ad esclusione degli strumenti impiegati per la creazione di elementi autonomi.

L'investimento collegato alla costituzione della banca dati può consistere nell'impiego di risorse o di mezzi umani, finanziari o tecnici, ma deve essere rilevante sotto il profilo quantitativo o qualitativo.

Nel caso di specie, i mezzi umani e tecnici descritti dal giudice del rinvio hanno riguardato la fissazione, nell'ambito dell'organizzazione di campionati di calcio, delle date, degli orari e delle squadre, quella ospitante e quella ospite, in relazione agli incontri delle varie giornate di questi campionati in funzione di un insieme di parametri quali, per esempio, il rispetto della rotazione tra gli incontri in casa e fuori casa, gli obblighi collegati ai calendari internazionali, lo svolgimento di altre manifestazioni pubbliche e la disponibilità dei servizi d'ordine. Tale investimento, essendo collegato all'organizzazione stessa dei campionati ed essendo connesso alla creazione dei dati contenuti nella banca dati, non rientra nell'ambito dell'art. 7, n. 1 della direttiva. È stato quindi necessario esaminare se il conseguimento, la verifica o l'illustrazione del contenuto di un calendario di incontri di calcio esprimano un investimento notevole sotto il profilo qualitativo o quantitativo.

La Corte di giustizia ha sottolineato come la ricerca e la raccolta dei dati costitutivi del calendario degli incontri di calcio, nonché il controllo degli stessi, non richiedano uno sforzo particolare da parte delle leghe professionistiche in quanto queste partecipano direttamente alla creazione dei dati stessi. Infine, anche la presentazione del calendario è strettamente collegata alla loro creazione. Ne consegue, e così conclude la Corte, che né la realizzazione, né il controllo e neppure la presentazione del contenuto di un calendario

di incontri di calcio richiedono un investimento considerevole tale da essere ricompreso nella tutela prevista dall'art. 7 della direttiva in esame.

**APPLICABILITÀ DELLA NORMATIVA COMUNITARIA
ALL'APPALTO PUBBLICO DI SERVIZI ORGANIZZATO
DA UN'IMPRESA NELLA QUALE L'AMMINISTRAZIONE
PUBBLICA DETIENE LA MAGGIORANZA DEL CAPITALE**

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03

Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 92/50/Cee - Appalti pubblici di servizi - Affidamento senza pubblica gara d'appalto - Affidamento dell'appalto ad una società mista pubblico-privata - Operazioni "in house providing" - Tutela giurisdizionale - Direttiva n. 89/665/Cee.

*L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997, n. 97/52/Ce, deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* della direttiva 92/50/Cee, come modificata. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente*

raggiunto una fase determinata¹.

Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva n. 92/50/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/52/Cee, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate².

¹⁻² La questione pregiudiziale dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata ha riguardato l'interpretazione di alcune disposizioni della normativa sugli appalti pubblici: a. l'art. 1, n. 1, della direttiva n. 89/665/Cee (in *Guce* n. L 395 del 89, p. 33), come modificata dalla direttiva n. 92/50/Cee (in *Guce* n. L 209 del 1992, p. 1), a sua volta modificata dalla direttiva n. 97/52/Ce (in *Guce* n. L 328 del 1997, p. 1); b. gli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/38/Cee, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (in *Guce* n. L 199 del 1993, p. 84), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, n. 98/4/Ce (in *Guce* n. L 101 del 1998, p. 1). In particolare, la questione ha riguardato da un lato, la tutela giurisdizionale dinanzi a fattispecie di affidamento diretto, ossia in caso di mancato svolgimento di una formale procedura di aggiudicazione, e, dall'altro lato, i presupposti per l'applicabilità dell'eccezione relativa agli affidamenti di appalti a società controllate (cosiddetti affidamenti «quasi in house»).

La controversia è insorta tra la città tedesca di Halle, collegata alla società RPL Recyclingpark Lochau GmbH (di seguito RPL Lochau), e la società Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (di seguito: TREA Leuna), in relazione alla regolarità dell'affidamento senza pubblica gara di un appalto di servizi relativo al trattamento dei rifiuti, effettuato dalla città tedesca a favore della RPL Lochau, (il capitale di questa società è detenuto dalla città di Halle in qualità di socio di maggioranza e da una società privata, titolare di una quota minoritaria).

Nel 2001 la città di Halle, con delibera del consiglio comunale, affidava alla RPL Lochau l'elaborazione di un progetto per il trattamento preliminare, il recupero e lo smaltimento dei propri rifiuti, senza intraprendere una formale procedura di affidamento di appalto. Essa decideva di avviare negoziati con la RPL Lochau, al fine di concludere con quest'ultima un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti urbani residuali per un periodo successivo. Tale società si sarebbe accollata tutti gli oneri di investimento relativi alla costruzione dell'impianto termico di smaltimento e di recupero dei rifiuti stessi.

La Società TREA Leuna, informata dell'affidamento dell'appalto al di fuori della procedura prevista dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici ed interessata anch'essa a tale fornitura, presentava dinanzi alla sezione camerale per gli appalti pubblici del *Regierungspräsidium Halle* un ricorso volto ad obbligare l'amministrazione a promuovere una pubblica gara d'appalto.

La città di Halle, nelle proprie difese, ha sostenuto che, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, non aveva posto in essere una procedura di affidamento d'appalto, bensì un'operazione di "in house providing" alla quale non sarebbero applicabili le norme comunitarie in materia di appalti pubblici (sulle caratteristiche delle operazioni "in house providing", cfr. sentenza del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121). Il giudice di primo grado ha accolto la domanda della TREA Leuna affermando che le decisioni adottate dall'amministrazione aggiudicatrice potevano costituire oggetto di un ricorso, anche in mancanza di una procedura di affidamento.

Il giudice d'appello, adito dalla città di Halle, ha deciso di sospendere il procedimento nazionale e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire innanzitutto se l'art. 1, n. 1 della direttiva n. 89/665/Cee ai sensi del quale: «Gli Stati membri prendono i provve-

dimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'art. 2, par. 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono (...)), trovi applicazione anche in caso di procedure adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto formale di messa in concorrenza.

La Corte ha chiarito la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» precisando che con essa si fa riferimento a tutte le decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice, senza operare all'interno di queste ultime alcuna distinzione a seconda del loro contenuto o del momento della loro adozione (cfr. sentenze del 18 giugno 2002 in causa n. C-92/00, *HI*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5553 e del 23 gennaio 2003 in causa n. C-57/01, *Makedoniko Metro e Michaniki*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1091).

La Corte ha risolto la questione osservando come costituisca una decisione impugnabile con un ricorso, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, qualunque atto di un'amministrazione aggiudicatrice, adottato in relazione ad un appalto pubblico di servizi rientrante nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva n. 92/50/Cee e idoneo a produrre effetti giuridici, indipendentemente dal fatto che esso sia stato adottato al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto oppure nell'ambito di una procedura siffatta.

La seconda questione ha fatto riferimento alla situazione di una società mista pubblico-privata con la quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia concluso un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva n. 92/50/Cee. Il problema da risolvere è stato se a tale contratto fosse applicabile la normativa comunitaria sopra citata.

La Corte di giustizia ha sottolineato come il rapporto tra un'autorità pubblica/amministrazione aggiudicatrice e i suoi servizi persegua obiettivi di interesse pubblico e come un investimento di capitale privato in un'impresa persegua obiettivi di natura differente. Inoltre, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata, senza far ricorso alla concorrenza, pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, nonché il principio della parità di trattamento degli interessati previsto dalla direttiva n. 92/50/Cee. Ne consegue, e così conclude la Corte, l'applicabilità, al caso di specie, della normativa comunitaria considerata.

INTERPRETAZIONE DEL REGOLAMENTO N. 1408/71 IN TEMA DI CONCESSIONE DI ASSEGNI ALIMENTARI A FAVORE DEI FIGLI DI DETENUTI

Corte di giustizia

Sentenza del 20 gennaio 2005 in causa n. C-302/02

Procedimento penale a carico di Nils Laurin Effing

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Prestazioni familiari - Alimenti concessi da uno Stato membro a titolo di anticipo a favore di figli minorenni - Figli di detenuti - Requisiti ai fini della concessione degli alimenti - Detenuto trasferito in un altro Stato membro ai fini dell'espiazione

della pena - Art. 12 CE - Artt. 3 e 13 del regolamento Cee n. 1408/71 - Discriminazioni fondate sulla nazionalità - Compatibilità.

In una fattispecie come quella oggetto della causa principale, in cui un lavoratore abbia ottenuto, ai sensi dell'art. 2, n. 1, 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, come modificato dal regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 1386, il trasferimento, quale detenuto, nello Stato membro di cui sia originario per ivi espiare la restante parte della pena, trova applicazione, nel settore delle prestazioni familiari e conformemente alle disposizioni di cui all'art. 13, n. 2, del detto regolamento, la legge dello Stato membro medesimo. Né le disposizioni – segnatamente, l'art. 3 – del regolamento stesso, né l'art. 12 CE ostano a che, in una fattispecie di tal genere, la normativa di uno Stato membro subordini la concessione di prestazioni familiari, come quelle previste dall'österreichisches Bundesgesetz über die Gewährung von Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern (Unterhaltsvorschußgesetz) (legge federale austriaca relativa agli anticipi sugli alimenti a favore di minori), a favore dei familiari di un siffatto cittadino comunitario al requisito che questi sia detenuto sul territorio dello Stato membro medesimo¹.

¹ Nella causa sopra massimata l'Oberster Gerichtshof austriaco ha sollevato la questione della compatibilità con il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, contenuto nell'art. 12 CE e con l'art. 3 del regolamento Cee n. 1408/71, della normativa austriaca che prevede la distinzione, nella concessione di prestazioni in favore dei figli di detenuti, a seconda che la pena detentiva sia scontata nel territorio nazionale o in un altro Stato membro. Infatti, solamente se il genitore debitore dell'assegno alimentare si trovi detenuto in Austria viene attribuito al figlio un anticipo sugli alimenti; qualora il genitore venga trasferito in un altro Stato per scontarvi la pena, il figlio non potrà più usufruire dell'assegno alimentare.

Nel corso dell'anno 2000 il signor Ingo Effing, cittadino tedesco e residente abitualmente in Austria dove peraltro aveva prestato la propria attività come lavoratore dipendente, è stato condannato ad una pena detentiva. Al figlio minore Nils Laurin Effing veniva concesso, ai sensi della legge federale austriaca relativa agli anticipi sugli alimenti a favore dei figli minorenni, un anticipo mensile sugli alimenti, per il periodo dal 1° giugno 2000 al 31 maggio 2003. Successivamente il signor Effing veniva trasferito nel proprio Paese di origine, in Germania, per espiarvi il resto della pena. Nel corso della propria detenzione, il ricorrente della causa principale svolgeva attività lavorativa retribuita, conformemente all'obbligo di lavoro che la legge tedesca impone ai detenuti.

In seguito al trasferimento in Germania del signor Effing, il giudice austriaco di primo grado, interrompeva la corresponsione degli anticipi sugli alimenti percepiti dal minore, a decorrere dalla fine del mese di dicembre 2001 in quanto i requisiti necessari per la concessione degli anticipi sarebbero venuti meno per il fatto che il padre del minore si trovava in stato di detenzione all'estero.

A seguito del ricorso proposto dal minore, il Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, adito quale giudice di appello, confermava la decisione del giudice di primo grado sostenendo che la concessione di un anticipo sugli alimenti sarebbe subordinata al requisito dell'espiazione della pena da parte dell'interessato sul territorio austriaco.

Il minore proponeva ricorso per cassazione avverso tale decisione sostenendo che il trasferimento del proprio padre in un istituto penitenziario di un altro Stato membro non poteva interrompere la corresponsione degli anticipi sugli alimenti.

L'*Oberster Gerichtshof* decideva così di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la normativa austriaca fosse in contrasto con l'art. 12 CE in combinato disposto con l'art. 3 del regolamento Cee del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408 (nel testo di cui al regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 1386, in *Guce* n. L 187 del 2001, p. 1).

Innanzitutto, la Corte di giustizia chiarisce che gli anticipi sugli alimenti previsti dalla legge federale austriaca relativa agli anticipi sugli alimenti costituiscono prestazioni familiari ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. *h.*, del regolamento Cee n. 1408/71 (cfr. sentenze del 15 marzo 2001 in causa n. C-85/99, *Offemanns*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2261 e del 5 febbraio 2002 in causa n. C-255/99, *Humer*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1205). In secondo luogo, la Corte, nel risolvere la questione relativa al fatto se il padre detenuto in un altro Stato possa essere considerato un lavoratore dipendente, precisa le nozioni di «lavoratori subordinati» e «lavoratori autonomi» definite all'art. 1, lett. *a.*, del regolamento in oggetto. Esse indicano ogni soggetto assicurato nell'ambito di uno dei regimi di previdenza sociale menzionati dall'art. 1, lett. *a.*, contro gli eventi e alle condizioni indicati da tale norma (cfr. sentenze del 3 maggio 1990 in causa n. C-2/89, *Kits van Heijningen*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1755 e del 30 gennaio 1997 in cause riunite n. C-4/95 e n. C-5/95, *Stöber e Piosa Pereira*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 511). Ne consegue che il signor Effing deve essere considerato un lavoratore dipendente avendo beneficiato di un'assicurazione contro la disoccupazione nel corso del periodo della propria detenzione in Germania.

La Corte, nel considerare il caso di specie in cui il signor Effing ha cessato qualunque attività lavorativa nello Stato membro in cui ha iniziato la detenzione e che, su sua richiesta, sia stato trasferito in un istituto penitenziario situato nel proprio Stato membro d'origine al fine di espiarvi la restante pena, precisa che la legge applicabile all'interessato, per effetto delle norme di conflitto di cui all'art. 13 del regolamento Cee n. 1408/71, è quella dello Stato membro dal quale il detenuto sia stato così trasferito (cfr. sentenza del 12 giugno 1986 in causa n. 302/84, *Ten Holder*, in *Raccolta*, 1986, p. 1821).

Ne consegue che, né il regolamento Cee n. 1408/71 e neppure il principio di non discriminazione, contrastano con la normativa austriaca che subordina la concessione di prestazioni familiari ai familiari di un soggetto (detenuto) che abbia cessato qualsiasi attività professionale sul proprio territorio, alla condizione che la detenzione abbia luogo sul territorio dello Stato membro medesimo.

LA DISCIPLINA RELATIVA ALL'ATTIVITÀ DEGLI AGENTI DEI GIOCATORI DI CALCIO (REGOLAMENTO FIFA) È COMPATIBILE CON LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA CONCORRENZA

Tribunale di primo grado

Sentenza del 26 gennaio 2005 in causa n. T-193/02

Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee sostenuta dalla Fédération internationale de football association (FIFA)

Art. 230 CE - Ricorso di annullamento - Regolamento della Fédération internationale de football association (FIFA) - Disciplina dell'attività degli agenti di giocatori - Decisione di un'associazione di imprese - Artt.

49, 81 e 82 CE - Denuncia - Mancanza d'interesse comunitario - Rigetto - Compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza.

Il presente giudizio verte, (...), sulla legittimità di una decisione adottata dalla Commissione al termine di un procedimento aperto per una denuncia depositata in conformità del regolamento n. 17, per la cui trattazione la Commissione non poteva mettere in atto altri poteri che quelli di cui dispone in tale ambito. Il sindacato giurisdizionale è necessariamente circoscritto alle regole di concorrenza e alla valutazione effettuata dalla Commissione sulle violazioni che il regolamento della FIFA vi avrebbe arrecato. Tale sindacato non può perciò estendersi ad altre disposizioni del Trattato se non dove la loro eventuale violazione riveli contestualmente una violazione del diritto della concorrenza; e non può neppure spingersi a verificare eventuali violazioni di principi fondamentali se non qualora queste integrino un'infrazione al diritto della concorrenza¹.

La circostanza che la FIFA non è, di per sé, un operatore economico, che acquista prestazioni di servizi degli agenti di giocatori sul mercato interessato, e che il suo intervento procede da un'attività normativa che essa si è riconosciuta il potere di esercitare riguardo all'attività economica degli agenti di giocatori, è irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 82 CE, poiché la FIFA è l'emanazione delle federazioni nazionali e delle società, effettive acquirenti dei servizi degli agenti di giocatori, e agisce conseguentemente sul detto mercato tramite i suoi membri².

¹⁻² La *Fédération internationale de football association* - «FIFA» - è un'associazione di diritto svizzero istituita il 21 maggio 1904. Il 20 maggio 1994 la FIFA adottava un regolamento di disciplina dell'attività degli agenti di giocatori, che veniva modificato l'11 dicembre 1995 ed entrava in vigore il 1° gennaio 1996.

Nel 1998 il signor Piau presentava una denuncia alla Commissione avente ad oggetto il regolamento iniziale sopra citato. A parere del ricorrente, tale regolamento era contrario alla normativa comunitaria relativa alla libera prestazione dei servizi per le eccessive restrizioni all'esercizio della professione concernenti: la poca trasparenza nelle modalità d'esame, l'obbligo della garanzia bancaria e la previsione di una serie di controlli e di sanzioni. Il regolamento poteva, inoltre, dare vita a una discriminazione tra i cittadini degli Stati membri e, infine, non prevedeva adeguati mezzi di tutela giurisdizionale o d'impugnazione delle decisioni e delle sanzioni adottate.

Con l'apertura del procedimento amministrativo da parte della Commissione, la FIFA adottava, il 10 dicembre 2000, un nuovo regolamento per l'attività degli agenti di giocatori, che entrava in vigore il 1° marzo 2001 e di nuovo emendato il 3 aprile 2002. Il nuovo regolamento della FIFA prevede sempre, per esercitare la professione di agente di giocatori, l'obbligo (per le persone fisiche), di possedere una licenza rilasciata dalla federazione nazionale competente per un periodo illimitato. Il candidato deve avere una «reputazione impeccabile» e deve sostenere una prova scritta al fine di verificare sia le conoscenze giuridiche, sia quelle sportive. Infine, l'agente è tenuto, altresì, a stipulare un'assicurazione di responsabilità professionale o, in subordine, a depositare una garanzia bancaria dell'importo di CHF 100.000. Il rapporto tra l'agente e il giocatore deve essere sancito da un contratto scritto della durata massima di due anni, rinnovabile. Il contratto deve prevedere la remunerazione dell'agente, la quale è calcolata in funzione del reddito di base lordo del giocatore. Infine, è prevista una serie di sanzioni nei con-

fronti delle società, dei giocatori e degli agenti.

Intendendo il ricorrente mantenere la denuncia, questa veniva rigettata dalla Commissione per la mancanza di un interesse comunitario sufficiente a dar seguito al procedimento dal momento che le disposizioni più rigorose censurate erano state abrogate. Il signor Piau presentava così il ricorso ex art. 230 dal quale è scaturita la sentenza del Tribunale sopra massimata.

Il Tribunale ha esaminato innanzitutto la natura del regolamento FIFA che disciplina l'attività degli agenti dei giocatori. Avendo la FIFA, come membri, federazioni nazionali costituite da società che esercitano economicamente il gioco del *football*, ne consegue che tali società sono imprese ai sensi dell'art. 81 CE e che le federazioni nazionali che le raggruppano sono associazioni di imprese. La FIFA, in quanto associazione che raggruppa le federazioni nazionali, è a sua volta un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 81 CE.

Il Tribunale ha precisato che l'attività di agente di giocatori consiste in un'attività economica di prestazione di servizi e non in un'attività propria del mondo dello sport (cfr. sentenze della Corte di giustizia del 14 luglio 1976 in causa n. 13/76, *Doná*, in *Raccolta*, 1976, p. 1333; 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 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 e del 13 aprile 2000 in causa n. C-176/96, *Lehtonen e Castors Braine*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2681). Esattamente, essa consiste nel presentare «dietro compenso e sulla base di regole fisse (...) un calciatore ad una Società in vista di un impiego oppure (...) due società l'una all'altra in vista di concludere un contratto di trasferimento».

Il regolamento per l'attività degli agenti di giocatori adottato dalla FIFA, vincolante per le federazioni nazionali membri della FIFA, per le società, nonché per i giocatori e gli agenti di giocatori, costituisce una decisione di associazione di imprese ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE (cfr. sentenze della Corte di giustizia del 27 gennaio 1987 in causa n. 45/85, *Verband der Sachversicherer c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 405 e del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *Wouters e a.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97), la quale deve rispettare le regole comunitarie di concorrenza dal momento che decisioni di tal genere hanno ripercussioni su tutto il territorio comunitario.

Con riferimento all'abrogazione delle disposizioni più restrittive contenute nel regolamento iniziale il Tribunale ha osservato come la Commissione non abbia dato una valutazione manifestamente errata delle disposizioni del regolamento emendato; essa, infatti, ha ritenuto che l'esame fosse sufficientemente oggettivo e trasparente e che l'obbligo di assicurarsi contro i rischi professionali non fosse sproporzionato. La Commissione ha implicitamente escluso, per quanto riguarda le disposizioni del regolamento relative alla remunerazione dell'agente di giocatori, di poter parlare di regime di prezzi imposti ai sensi del diritto comunitario della concorrenza (cfr. sentenza del Tribunale 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).

Sul carattere obbligatorio della licenza, il Tribunale ha precisato che il sistema della licenza, imponendo restrizioni più qualitative che quantitative, avrebbe lo scopo di tutelare i giocatori e le società e di prendere in considerazione, in particolare, i rischi a cui vanno incontro i giocatori, le cui carriere sono brevi, in caso di trasferimenti mal negoziati. A parere del Tribunale, in mancanza di un'organizzazione della professione di agente di giocatori e di normative nazionali uniformi, la restrizione inerente al sistema della licenza appare proporzionata e indispensabile.

Infine, il Tribunale osserva come l'art. 82 CE sull'abuso di posizione dominante non si applichi al caso di specie per il fatto che la FIFA non opera sul mercato della consulenza ai giocatori. Nella fattispecie, infatti, il mercato interessato è un mercato di prestazioni di servizi dove gli acquirenti sono i giocatori e le società e i venditori sono gli agenti. Il regolamento non imponeva restrizioni quantitative all'accesso all'attività di agente di giocatori pericolose per la concorrenza, quanto piuttosto restrizioni qualitative giustificabili nelle circostanze di specie. Gli abusi di posizione dominante che deriverebbero dalle disposizioni del regolamento non sono stati dunque provati e di conseguenza, secondo il Tribunale, non si è in presenza di un abuso di posizione dominante ex art. 82 CE.

IL COLLEGIO ARBITRALE NON PUÒ ESSERE CONSIDERATO UNA GIURISDIZIONE AI SENSI DELL'ART. 234 CE

Corte di giustizia

Sentenza del 27 gennaio 2005 in causa n. C-125/04

Guy Denuit, Betty Cordenier c. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Rinvio alla Corte - Nozione di giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 CE - Nozione comunitaria - Tribunale arbitrale - Convenzione arbitrale stipulata tra le parti - Natura non giurisdizionale dell'autorità - Incompetenza della Corte a pronunciarsi.

Secondo la giurisprudenza della Corte, un collegio arbitrale convenzionale non costituisce una giurisdizione nazionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE perché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro (cfr. sentenze del 23 marzo 1982 in causa n. 102/81, «Nordsee» Deutsche Hochseefische-rei, in Raccolta, 1982, p. 1095 e del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, Eco Swiss, in Raccolta, 1999, I, p. 305)¹.

La Corte non è competente a pronunciarsi sulle questioni sottoposte dal Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages².

¹⁻² La domanda pregiudiziale ha riguardato l'interpretazione della direttiva del Consiglio del 13 giugno 1990, n. 90/314/Cee, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (in *Guce* n. L 158 del 1990, p. 59) ed è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il signor Denuit e la signora Cordenier, da un lato, e un'agenzia di viaggi, dall'altro lato, in relazione al prezzo di un viaggio organizzato in Egitto. Non ricevendo il rimborso di una parte del prezzo pagato a causa della modifica del tasso di cambio del dollaro, gli attori della causa principale adivano il Collegio arbitrale della commissione per le controversie in materia di viaggi, un'associazione senza scopo di lucro di diritto belga, che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. Questa, *in primis*, ha statuito sulla propria competenza a pronunciarsi su una questione proposta da tale Collegio ai sensi dell'art. 234 CE.

Un collegio arbitrale può, dunque, essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE? A partire dalla sentenza *Vaassen-Goebbels c. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, (sentenza del 30 giugno 1966 in causa n. 61/65, in *Raccolta*, 1966, p. 377) la Corte ha precisato che il termine «giurisdizione» ai sensi dell'art. 234 Cee può comprendere, a determinate condizioni, un organismo diverso da un tribunale di diritto comune. La Corte di giustizia si era già occupata delle caratteristiche dell'organo che dispone il rinvio e aveva precisato che per riconoscere il carattere di una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, occorre tener conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'or-

gano, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (cfr., in particolare, sentenze del 17 settembre 1997 in causa n. C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4961, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 185 e del 30 maggio 2002 in causa n. C-516/99, *Schmid*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4573). La Corte di giustizia ha poi sviluppato una propria giurisprudenza in relazione a singoli casi specifici dei quali ne prenderemo in considerazione alcuni.

La Corte di giustizia, con la propria ordinanza del 18 giugno 1980 (in causa n. 138/80, *Jules Borker*, in *Raccolta*, 1980, p. 1975) aveva precisato che la Corte può essere adita, in forza dell'art. 234 CE, soltanto da un giudice chiamato a pronunciarsi nell'ambito di un procedimento destinato a sfociare in una decisione di carattere giurisdizionale. Ciò non accade qualora un Consiglio dell'ordine degli avvocati sia chiamato a decidere non già su una controversia rientrante nelle competenze attribuitegli dalla legge, bensì su una domanda volta ad ottenere una dichiarazione relativa ad una controversia fra un avvocato iscritto all'ordine e i giudici di un altro Stato membro (sul rinvio disposto da organi di ordini professionali cfr. sentenza della Corte del 9 agosto 1994 in causa n. C-447/93, *Nicolas Dreessen c. Conseil National de l'Ordre des Architectes*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4087). Sull'incompetenza della Corte a pronunciarsi su una richiesta del Tribunale di Milano adito nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione relativo alla domanda di omologazione di un trattato istitutivo di una società per l'iscrizione nel registro delle imprese, cfr. sentenza del 19 ottobre 1995 in causa n. C-111/94, *Job Centre Coop. ARL*, in *Raccolta*, 1995, p. 3361, annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 126: in sentenza la Corte aveva statuito, infatti, che non può quindi adire la Corte il giudice che svolge funzioni amministrative pronunciandosi nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione su una domanda di omologazione dell'atto costitutivo di una società ai fini dell'iscrizione di questa nel registro delle imprese. Egli interverrebbe, infatti, al di fuori di qualsiasi controversia. Una controversia, e quindi un contenzioso – tali da determinare l'esercizio di una funzione giurisdizionale – nel caso specifico una procedura di annullamento, potrebbero prendere avvio solo in caso di rifiuto dell'omologazione.

Inoltre, la Corte di giustizia ha richiamato l'attenzione sul fatto che «se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle, in particolare, nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile» (così ha statuito la Corte nella sentenza «*Nordsee*» ed *Eco Swiss, cit.*).

La Corte, pertanto, osserva, da un lato, come per le parti della causa principale non vi sia nessun obbligo di affidare la soluzione delle proprie liti ad un arbitro, e dall'altro, come le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non siano implicate nella scelta della via dell'arbitrato; ne consegue, secondo la Corte, che conferma così la propria giurisprudenza, che il *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges et Voyages* non può essere considerato una giurisdizione nazionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE e, pertanto, essa, non può pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali sottoposte.

LEGITTIMITÀ DELLE NORME ITALIANE SULLA COMPOSIZIONE DELLA COMMISSIONE DI ESAME D'AVVOCATO ALLA LUCE DEL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA E DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

Corte di giustizia

Ordinanza del 17 febbraio 2005 in causa n. C-250/03

Mauri c. Ministro della Giustizia, Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 104, n. 3, del regolamento di procedura - Accesso alla professione forense - Artt. 81 ss. CE - Concorrenza - Principio di non discriminazione - Normativa attinente all'esame per l'abilitazione all'esercizio della professione forense.

Gli artt. 81, 82 e 43 CE non ostano ad una norma come quella contenuta nell'art. 22 del rdl del 27 novembre 1933, n. 1578, nel testo vigente all'epoca dei fatti oggetto della controversia principale, la quale prevede che, nel contesto degli esami per l'accesso all'esercizio della professione forense, la commissione di esame è composta da cinque membri nominati dal Ministro della Giustizia, dei quali due magistrati, un professore di materie giuridiche e due avvocati, ove questi ultimi sono designati dal Consiglio nazionale forense su proposta congiunta dei consigli dell'Ordine del rispettivo distretto¹.

¹ L'art. 22 del rdl del 27 novembre 1933, n. 1578 (in *Guri* n. 281 del 5 dicembre 1933, p. 5521), nel testo vigente all'epoca dei fatti oggetto della controversia principale, prevede che le commissioni esaminatrici dell'esame di Stato siano nominate dal Ministro della Giustizia e ciascuna di esse sia composta di cinque membri titolari, dei quali due avvocati, iscritti da almeno otto anni a un ordine del distretto della Corte d'appello sede dell'esame, due magistrati dello stesso distretto, con qualifica non inferiore a quella di consigliere di Corte d'appello, e un professore ordinario o associato di materie giuridiche presso un'università ovvero un istituto superiore.

Il Consiglio nazionale forense nomina i due avvocati componenti le singole commissioni di esame su proposta congiunta dei consigli dell'Ordine dei rispettivi distretti e il Ministro nomina tra questi ultimi il presidente ed il vicepresidente di ogni commissione. La questione pregiudiziale sull'interpretazione della normativa comunitaria sulla concorrenza e sul principio di non discriminazione è stata sottoposta alla Corte di giustizia nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato il signor Mauri e, dall'altro, il Ministero della Giustizia e la commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano, per la mancata ammissione del primo alle prove orali dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense.

Il signor Mauri, infatti, sosteneva a Milano le prove scritte per l'esame di avvocato e non veniva ammesso alla successiva prova orale. Proponeva così ricorso dinanzi al TAR Lombardia affinché venisse annullata la decisione presa nei suoi confronti.

Il Tribunale amministrativo decideva, ai sensi dell'art. 234 CE, di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale al fine di chiarire se la normativa comunitaria sulla concorrenza e il principio di non discriminazione debbano essere interpretati nel senso di rendere incompatibile l'art. 22 del rdl del 27 novembre 1933, n. 1578 che subordina l'esercizio della professione forense al superamento di un esame di Stato, per la parte in cui attribuisce, ai fini della valutazione delle attitudini e capacità professionali, un forte potere agli organi direttivi locali dell'ordine professionale cui aderiscono i rappresentanti della professione forense operanti nell'area territoriale interessata.

Sulla ricevibilità della questione la Corte di giustizia precisa che essa può rifiutarsi di rispondere a una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti in maniera indiscutibile che l'interpretazione o il giudizio sulla validità di una norma comunitaria, richiesta dal giudice nazionale, non ha alcuna relazione con i fatti o l'oggetto della causa principale, oppure qualora la questione sia meramente ipotetica, o anche nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte (cfr. sentenza del

25 marzo 2004 in cause riunite da n. C-480/00 a n. C-482/00, n. C-484/00, da n. C-489/00 a n. C-491/00 e da n. C-497/00 a n. C-499/00, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2943 ss.).

Nel caso di specie non può sostenersi che la questione sollevata dal signor Mauri sia priva di un nesso con la realtà ovvero con l'oggetto della controversia principale, o che il problema sia di natura ipotetica.

Nel merito, la Corte di giustizia richiama la propria costante giurisprudenza secondo la quale gli artt. 81 e 82 CE, in combinato disposto con l'art. 10 CE, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (cfr., sentenze del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Arduino*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 95 e del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *CIF*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8055). Uno Stato membro non deve imporre o agevolare la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE o rafforzare gli effetti di tali accordi, ovvero privare la propria normativa del suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (sentenze *Arduino* e *CIF*, cit.).

A parere della Corte, lo Stato italiano non ha tolto alla normativa relativa all'accesso alla professione forense il proprio carattere statale delegando ad avvocati la responsabilità di prendere decisioni in ordine all'accesso alla loro professione. E ciò per tre ordini di considerazioni: *a.* lo Stato occupa un posto primario in seno alla commissione stessa per la presenza, su cinque membri, di due magistrati i quali, benché non subordinati al Ministro della Giustizia, devono tuttavia ritenersi emanazione dello Stato; *b.* il Ministero della Giustizia dispone di rilevanti competenze che gli consentono di controllare, in ogni fase, i lavori della commissione di esame, e anche di intervenire nei lavori medesimi, se necessario; *c.* una decisione negativa della commissione di esame può essere impugnata con ricorso dinanzi al giudice amministrativo, il quale procederà al suo riesame.

Ne consegue che lo Stato italiano non ha delegato l'esercizio del proprio potere a operatori privati e non ha imposto o favorito la conclusione di intese contrastanti con l'art. 81 CE e non ha neppure favorito o imposto abusi di posizione dominante ex art. 82 CE. La normativa italiana non contrasta, pertanto, con i principi comunitari relativi alla concorrenza.

Relativamente al contrasto della normativa italiana con l'art. 43 CE la Corte precisa che se un esame per l'accesso alla professione forense può costituire un ostacolo alla libertà di stabilimento (cfr. sentenza del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulos*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357, in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, 1992, p. 669), deve tuttavia osservarsi che nella controversia in esame viene contestata esclusivamente la norma relativa alla composizione della commissione di esame, e non l'organizzazione di un esame per l'accesso alla professione forense.

Secondo la Corte, la partecipazione di avvocati alla commissione per l'esame di Stato può costituire una restrizione alla libertà di stabilimento, giustificata però nel caso di specie. Infatti, tale partecipazione risponde ad un motivo imperativo di interesse generale ed è atta a garantire la valutazione dei soggetti chiamati ad esercitare la professione forense: gli avvocati, infatti, possiedono un'esperienza professionale che li rende particolarmente idonei a valutare i candidati rispetto alle esigenze specifiche della loro professione. Ne consegue, pertanto, che la normativa italiana oggetto di interpretazione da parte della Corte non contrasta neppure con i principi relativi alla libertà di stabilimento.

AIUTI PER IL MANTENIMENTO DEGLI STUDENTI E NORMATIVA COMUNITARIA

Corte di giustizia

Sentenza del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03

The Queen, ex parte di: Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione degli artt. 12 e 18 CE - Discriminazione in base alla nazionalità - Cittadinanza dell'Unione - Accesso all'istruzione universitaria - Aiuto concesso agli studenti sotto forma di prestito sovvenzionato ("student loan") - Disposizione che limita la concessione di tale prestito agli studenti aventi stabile residenza nel territorio nazionale - Applicabilità del diritto comunitario.

Un aiuto concesso, sia sotto la forma di prestiti sovvenzionati ovvero di borse, agli studenti che soggiornano legalmente nello Stato membro ospitante a copertura dei costi di mantenimento, rientra nel campo di applicazione del Trattato ai fini del divieto di discriminazione sancito dall'art. 12, 1° comma, CE¹.

L'art. 12, 1° comma, CE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che concede agli studenti il diritto ad un aiuto a copertura dei costi di mantenimento solo se sono stabilmente residenti nello Stato membro ospitante, escludendo che un cittadino di un altro Stato membro ottenga, in quanto studente, lo status di persona stabilmente residente anche se detto cittadino soggiorni legalmente ed abbia svolto parte importante degli studi secondari nello Stato membro ospitante ed abbia, di conseguenza, stabilito un legame effettivo con la società di tale Stato².

Gli effetti nel tempo della presente sentenza non vanno limitati³.

¹⁻³ La sentenza sopra massimata ha per oggetto l'interpretazione degli artt. 12 e 18 relativi al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e alla cittadinanza europea nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Bidar e, dall'altro lato, il London Borough of Ealing e il Ministro dell'educazione e della formazione professionale per il rifiuto opposto da questi ultimi alla sua domanda di prestito sovvenzionato per studenti a copertura dei costi di mantenimento.

In Inghilterra e nel Galles, l'aiuto economico previsto per gli studenti a copertura dei costi di mantenimento viene concesso conformemente alle *Education (Student Support) Regulations 2001* principalmente mediante prestito.

Gli studenti beneficiari di un prestito possono ottenere il 75% dell'importo massimo dello stesso, mentre la possibilità di ottenere il restante 25% dipende dalla situazione economica dello studente, dei genitori e del convivente. Il prestito viene concesso ad un tasso d'interesse collegato al tasso d'inflazione, inferiore pertanto al tasso d'interesse normalmente praticato sui prestiti commerciali. Il prestito deve essere rimborsato dopo la conclusione degli studi, a condizione che il reddito dello studente superi le GBP 10.000. In tal caso, lo studente versa ogni anno un importo pari al 9% della quota del suo reddito eccedente le GBP 10.00, fino al completo rimborso del prestito.

Secondo quanto previsto dalla legge del 1971 sull'immigrazione, un cittadino di uno Stato membro può beneficiare di un prestito per studente, se ha stabile residenza nel Regno Unito e se ha la dimora abituale in Inghilterra o nel Galles, il primo giorno del primo anno accademico del corso e se ha avuto la dimora abituale nel Regno Unito nei tre anni che precedono l'inizio degli studi. Una persona si considera stabilmente residente solamente qualora abbia soggiornato nel Regno Unito per quattro anni. Il tempo impiegato per frequentare un corso di studi a tempo pieno non viene preso in considerazione ai fini del calcolo del periodo di soggiorno.

Nel 1998 il signor Bidar, cittadino francese, entrava nel Regno Unito con la propria madre che doveva sottoporsi a cure mediche. Il ricorrente, che andava a vivere presso la nonna, terminava gli studi secondari e nel 2001 si iscriveva alla facoltà di economia presso l'University College London. Mentre il signor Bidar beneficiava di un aiuto a titolo di rimborso delle sue tasse scolastiche, gli veniva invece rifiutata la domanda di aiuto economico a copertura dei costi di mantenimento sotto forma di prestito per studenti, per il fatto che egli non era stabilmente residente nel Regno Unito.

Nel ricorso avverso tale decisione di rifiuto, il ricorrente sosteneva che il fatto di subordinare la concessione di un prestito per studenti ad un cittadino di uno Stato membro alla condizione che tale cittadino sia stabilmente residente nel Regno Unito, costituisce una discriminazione in base alla nazionalità, vietata dall'art. 12 CE.

La High Court of Justice (England & Wales) Queens Bench Division (Administrative Court) decideva così di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se, alla luce delle sentenze *Lair* e *Brown* della Corte di giustizia (sentenze del 21 giugno 1988 in causa n. 39/86, *Lair*, in *Raccolta*, 1988, p. 3161 e causa n. 197/86, *Brown*, in *Raccolta*, 1988, p. 3205), a seguito dell'introduzione del concetto di cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht e in considerazione degli sviluppi relativi alla competenza dell'Unione europea in materia di istruzione e di aiuto per costi di mantenimento concesso agli studenti di corsi di insegnamento superiore, un aiuto concesso sotto forma: *a.* di prestiti sovvenzionati, ovvero *b.* di borse di studio, continui ad essere escluso dal campo di applicazione del Trattato, con riferimento al divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Inoltre veniva chiesto quali fossero i criteri che il giudice nazionale doveva applicare per accertare se i requisiti ai quali risulta subordinata la concessione di un tale aiuto si fondano su considerazioni giustificate che prescindano dalla nazionalità.

Lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi fra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico (cfr. sentenze del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193, annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 696 e del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58).

Secondo la costante giurisprudenza della Corte, un cittadino dell'Unione che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può invocare l'art. 12 CE in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione, *ratione materiae*, del diritto comunitario (cfr. sentenza del 12 maggio 1998 in causa n. C-85/96, *Martínez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 628).

Secondo la Corte, il signor Bidar, che dimora in un altro Stato membro ove termina i propri studi secondari senza che gli venga opposto il fatto di non disporre di risorse sufficienti o di una assicurazione malattia, beneficia di un diritto di soggiorno riconosciuto sia dall'art. 18 CE che dalla direttiva n. 90/364/CE sul diritto di soggiorno (in *Guce* n. L 180 del 13 luglio 1990, p. 26).

Relativamente alle prestazioni di assistenza sociale, la Corte, nella sentenza *Trojani* (del 7 settembre 2004 in causa n. C-456/02, non ancora pubblicata in *Raccolta*), ha statuito che un cittadino dell'Unione economicamente non attivo può invocare l'art. 12 CE qualora abbia soggiornato legalmente nello Stato membro ospitante durante un certo periodo o disponga di un titolo di soggiorno.

In seguito alle sentenze *Lair* e *Brown*, sopra citate, il Trattato sull'Unione europea ha introdotto la cittadinanza dell'Unione nel Trattato CE aggiungendo un capitolo *ad hoc* dedicato all'istruzione e alla formazione professionale. Inoltre, l'art. 149, n. 1, CE, assegna alla Comunità il compito di contribuire allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra gli Stati, sostenendo e, se necessario, integrando la loro azione nel pieno rispetto della loro responsabilità per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche.

Alla luce di quanto fin qui considerato, si deve ritenere che la situazione di un cittadino dell'Unione che soggiorna legalmente in un altro Stato membro rientra nel campo di

applicazione del Trattato ai sensi dell'art. 12, n. 1, CE, ai fini dell'ottenimento di un aiuto concesso agli studenti, sia questo erogato sotto forma di prestito sovvenzionato ovvero sottoforma di borsa a copertura dei costi di mantenimento.

Con riferimento alla seconda questione sollevata, relativa ai criteri che il giudice nazionale deve applicare per stabilire se le condizioni di concessione di un aiuto a copertura dei costi di mantenimento degli studenti siano basate su considerazioni obiettive che prescindono dalla nazionalità, la Corte si sofferma *in primis* sul principio della parità di trattamento che vieta non solo le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma dissimulata di discriminazione, che, in applicazione di altri criteri di distinzione, conduca di fatto allo stesso risultato (cfr. sentenze del 12 febbraio 1974 in causa n. 152/73, *Sotgiu*, in *Raccolta*, 1974, p. 153; del 27 novembre 1997 in causa n. C-57/96, *Meints*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6689, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 197 e del 26 giugno 2001 in causa n. C-212/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4923, annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 516).

Orbene, i requisiti, sopra citati, richiesti agli studenti per la concessione di un aiuto a copertura dei costi di mantenimento, finiscono con lo svantaggiare principalmente i cittadini di altri Stati membri: quanto richiesto può essere più facilmente soddisfatto dai cittadini nazionali.

Tale disparità di trattamento può essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale.

La Corte osserva che ogni Stato membro ha il compito di vigilare affinché la concessione di aiuti a copertura dei costi di mantenimento di studenti provenienti da altri Stati membri non diventi un onere irragionevole e come lo Stato membro possa concedere tale aiuto solamente agli studenti che abbiano dimostrato un certo grado di integrazione nella società di tale Stato (si precisa che la garanzia di una sufficiente integrazione nella società dello Stato membro ospitante è data dal requisito che impone una precedente stabile residenza nel territorio di tale Stato: i tre anni di residenza prescritti dalle norme britanniche).

Tuttavia, la normativa controversa esclude la possibilità, per un cittadino di un altro Stato membro, di ottenere, in quanto studente, lo *status* di persona stabilmente residente: il soggetto, trovandosi così nell'impossibilità di soddisfare tale requisito non può beneficiare del diritto all'aiuto a copertura dei costi di mantenimento. Sussiste, a parere della Corte, una discriminazione in base alla nazionalità: tale trattamento, infatti, impedisce ad uno studente, cittadino di uno Stato membro, che soggiorni e abbia svolto gli studi secondari nello Stato membro ospitante e che, di conseguenza, abbia stabilito un legame effettivo con tale Stato, di poter proseguire gli studi alle stesse condizioni di uno studente cittadino di tale Stato che si trovi nella medesima situazione.

LA CORTE SI PRONUNCIA SULL'IRRICEVIBILITÀ DEL RICORSO PROPOSTO DALLA SPAGNA CONTRO I BANDI DI CONCORSO ORGANIZZATI DALL'EUROJUST

Corte di giustizia

Sentenza del 15 marzo 2005 in causa n. C-160/03

Regno di Spagna c. Eurojust

Art. 230 CE - Ricorso di annullamento - Ricorso proposto da uno Stato membro - Bandi di concorso emessi dall'Eurojust per coprire posti di

agenti temporanei - Trasmissione di documenti in lingua inglese - Art. 91 dello Statuto del personale delle Comunità europee - Incompetenza della Corte - Competenza del Tribunale di primo grado - Irricevibilità.

(...) è il ricorrente a dover scegliere il fondamento giuridico del proprio ricorso e non il giudice comunitario a individuare personalmente il fondamento normativo più appropriato (cfr. sentenza della Corte dell'8 ottobre 1974 in causa n. 175/73, Union syndicale e a. c. Consiglio, in Raccolta, 1974, p. 917 e ordinanza del Tribunale dell'8 giugno 1998 in causa n. T-148/97, Keeling c. UAMI, in Raccolta, 1998, p. II-2217). Dall'esame del ricorso emerge che il ricorrente si è fondato sull'art. 230 CE: è dunque alla luce di questa disposizione che occorre esaminare la ricevibilità del ricorso¹.

¹ In data 13 febbraio 2003 venivano pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* (abbreviata: *Gu-UE*) i bandi di concorso diretti a costituire elenchi di riserva per coprire posti di agenti di riserva temporanei presso l'Eurojust, un organo dell'Unione dotato di personalità giuridica.

Il Regno di Spagna chiedeva l'annullamento dei sette bandi di concorso per l'assunzione di agenti temporanei emessi dall'Eurojust nella parte relativa alla trasmissione di documenti in lingua inglese da parte di chi deposita il proprio atto di candidatura in un'altra lingua, nonché nei vari punti in ciascun bando riguardanti le qualifiche linguistiche richieste ai candidati.

Il Regno di Spagna, a sostegno del proprio ricorso, ha dedotto tre motivi: *a.* la violazione dell'art. 12, n. 2, lett. *e.*, del regime applicabile agli altri Agenti delle Comunità europee; *b.* la violazione del regime linguistico dell'Eurojust quale previsto all'art. 31 della decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002, n. 2002/187/JAI, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità (in *Guce* n. L 63 del 2002, p. 1); *c.* la violazione del divieto di discriminazione ex art. 12 CE e dell'obbligo di motivazione.

L'Eurojust ha sostenuto l'irricevibilità del ricorso per difetto di fondamento giuridico: il ricorso non si sarebbe potuto fondare sull'art. 230 CE, poiché nell'elenco degli atti la cui legittimità può essere oggetto di controllo da parte della Corte non si trovano quelli adottati dall'Eurojust, che, come sopra precisato, è un organo dell'Unione dotato di propria personalità giuridica.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 230 CE, la Corte «esercita un controllo di legittimità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei Paesi terzi».

La Corte comunque osserva come il diritto a una tutela giurisdizionale in seno alla Comunità sussista: gli atti impugnati nella fattispecie non sono stati sottratti ad un controllo giurisdizionale. Infatti, ai sensi dell'art. 30 della decisione n. 2002/187/JAI, il personale dell'Eurojust è soggetto ai regolamenti e alle regolamentazioni applicabili ai funzionari e agli altri agenti delle Comunità europee. Perciò i candidati ai vari posti banditi negli atti impugnati potevano adire il giudice comunitario alle condizioni previste all'art. 91 dello Statuto del personale delle Comunità europee del giugno 2002 (Regolamento Euratom, Ceca, Cee n. 1473/72, in *Guce* n. 160/1972, p. 1; cfr. titolo VII dello Statuto relativo ai mezzi di ricorso: artt. 90-91 *bis*; cfr. sentenza del 31 marzo 1965 in causa n. 23/64, *Vandevyvere c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1965 p. 205).

**LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA CHE AL TIROCINIO
PER LE PROFESSIONI LEGALI SI APPLICANO
LE NORME COMUNITARIE SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE
DEI LAVORATORI**

Corte di giustizia

Sentenza del 17 marzo 2005 in causa n. C-109/04

Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 39 CE - Libera circolazione dei lavoratori - Dipendente pubblico tirocinante di nomina provvisoria («Referendar») - Qualifica - Nozione di lavoratore - Interpretazione restrittiva - Tirocinio completato in un altro Stato membro - Assegno di sostentamento - Rimborso delle spese di viaggio limitato al percorso compiuto dentro il territorio nazionale - Eccezioni alla libertà fondamentale della libera circolazione dei lavoratori - Violazione - Incompatibilità.

L'art. 39 CE si oppone ad un provvedimento nazionale che, relativamente ad una persona che ha svolto, nell'ambito di un tirocinio preparatorio, un'attività dipendente reale ed effettiva in uno Stato membro diverso dal suo Stato membro di origine, concede il diritto al rimborso delle spese di viaggio solo fino all'importo relativo alla parte del percorso effettuata nel territorio nazionale, prevedendo al tempo stesso che, qualora una tale attività fosse stata svolta nel territorio nazionale, sarebbe stata rimborsata la totalità delle spese di viaggio¹.

¹ Il *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo federale tedesco) ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale riguardante la compatibilità con la normativa comunitaria relativa alla libera circolazione dei lavoratori di una norma nazionale che riconosce ad un praticante avvocato, il quale svolge una parte della pratica richiesta presso un altro Stato membro, il diritto al rimborso delle spese di viaggio sostenute soltanto nella misura corrispondente alla parte di viaggio compiuta nel territorio nazionale.

Il signor Kranemann, cittadino tedesco, svolgeva una parte della propria formazione professionale (quattro mesi), indispensabile per poter sostenere l'esame di Stato, nel Regno Unito. Nel corso di questo periodo otteneva un'indennità per le spese di locazione, mentre le spese di viaggio venivano indennizzate solo parzialmente: riceveva il rimborso solo per il viaggio svolto entro il confine tedesco.

Il ricorrente si rivolgeva così al giudice nazionale al fine di ottenere tale rimborso che veniva rifiutato, sia in primo grado, sia in grado d'appello. L'organo adito in ultimo grado si rivolgeva così alla Corte di giustizia.

Quest'ultima, nell'affrontare la questione pregiudiziale sottoposta, ha chiarito se nella nozione comunitaria di lavoratore possa rientrare anche il soggetto tirocinante e se il rifiuto del rimborso delle spese di viaggio al di fuori del territorio nazionale costituisca un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori o possa, invero, essere giustificato.

Secondo il diritto tedesco (regolamento relativo alla concessione dell'indennità di dislocazione), la qualifica del signor Kranemann era quella di dipendente pubblico di nomina provvisoria: «in caso di pubblici dipendenti di nomina provvisoria che svolgono un

periodo di tirocinio in una sede di loro libera scelta situata all'estero, l'indennità giornaliera e l'indennità di pernottamento vengono calcolate soltanto nella misura corrispondente alle tariffe previste per gli spostamenti per servizio all'interno del territorio nazionale. Le spese di viaggio sostenute sono rimborsate soltanto fino all'importo necessario al viaggio, con mezzi di trasporto regolari e nella classe più economica, fino al confine tedesco e ritorno».

Sulla nozione comunitaria di lavoratore la Corte di giustizia precisa che, secondo la propria costante giurisprudenza, la nozione comunitaria di «lavoratore», ai sensi dell'art. 39 del Trattato, non va interpretata restrittivamente. Per essere qualificato «lavoratore», un soggetto deve svolgere attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie. La caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è, secondo questa giurisprudenza, il fatto che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore e sotto la direzione di un'altra persona, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione (cfr., con riferimento allo svolgimento della professione di insegnante la sentenza del 3 luglio 1986 in causa n. 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Raccolta*, 1986, p. 2121; ed inoltre, sentenze del 26 febbraio 1992 in causa n. C-3/90, *Bernini*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1071 e del 7 settembre 2004 in causa n. C-456/02, *Trojani*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). Qualora il tirocinio venga svolto secondo le modalità di un'attività retribuita reale ed effettiva, si applica l'art. 39 CE. La Corte di giustizia si era già occupata nella causa *Schnorbus* (sentenza del 7 dicembre 2000 in causa n. C-79/99, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10997, massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 72) di qualificare il tirocinio svolto in Germania per le professioni legali: esso costituisce un periodo di formazione e un necessario elemento per accedere alla magistratura o alla carriera superiore del pubblico impiego. Né il livello limitato della retribuzione e neppure l'origine delle risorse possono influenzare tale qualifica (cfr. sentenze del 23 marzo 1982 in causa n. 53/81, *Levin*, in *Raccolta*, 1982, p. 1035 e del 31 maggio 1989 in causa n. 344/87, *Bettray*, in *Raccolta*, 1989, p. 1621).

La Corte conclude, pertanto, nel qualificare il tirocinante per le professioni legali come un lavoratore ai sensi dell'art. 39.

L'applicabilità delle norme comunitarie al caso di specie non può essere esclusa invocando la deroga contenuta nell'art. 39 concernente gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni poiché il soggetto compie una parte del proprio tirocinio nel settore privato (cfr. sentenza del 31 maggio 2001 in causa n. C-383/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4363).

Sull'ultima questione concernente l'incompatibilità della normativa tedesca relativa al rimborso delle spese di viaggio con l'art. 39 CE la Corte osserva come non vada perso di vista il fine delle norme comunitarie relative alla libera circolazione delle persone che è quello di agevolare l'esercizio delle attività lavorative nel territorio dell'Unione (cfr. sentenze del 7 luglio 1988 in cause riunite n. 154/87 e n. 155/87, *Wolf e a.*, in *Raccolta*, 1988, p. 3897; 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 TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323; del 26 gennaio 1999 in causa n. C-18/95, *Terhoeve*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 345 e del 27 gennaio 2000 in causa n. C-190/98, *Graf*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 493, annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 623).

Nel caso di specie, la normativa controversa dà origine di fatto ad un ostacolo di natura finanziaria – costituito dal mancato rimborso delle spese di viaggio – che finisce con il dissuadere i tirocinanti per le professioni legali, in particolare quelli le cui risorse finanziarie sono limitate, dall'accedere ad un tirocinio in un altro Stato membro. Ciò inciderebbe sulla scelta operata dal tirocinante per la scelta della sede dove effettuare il tirocinio.

Ne consegue che la normativa tedesca ostacola la libera circolazione dei lavoratori non potendo essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale (cfr. sentenze del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, 1995, p. 91; 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 BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301; del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, cit. e del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 55).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA CORTE DI CASSAZIONE AFFERMA LA COMPETENZA DEL GIUDICE ORDINARIO PER LE BORSE DI STUDIO DEI MEDICI SPECIALIZZANDI

Corte di cassazione, sezioni unite civili
Sentenza del 18 novembre 2004 - 4 febbraio 2005 n. 2203*

Presidente, *Raffaele Corona* – Relatore, *Enrico Altieri*
Alcamisi c. Ministero della Pubblica istruzione e altri

Giurisdizione del giudice ordinario - Competenza - Medici specializzandi - Azione giudiziaria per l'ottenimento di una borsa di studio - Frequenza della scuola di specializzazione nel periodo antecedente l'entrata in vigore del dlgs n. 257/1991 - Applicazione retroattiva della normativa nazionale di trasposizione - Direttiva n. 75/363/Cee - Direttiva n. 82/76/Cee - Forza vincolante delle direttive comunitarie - Natura incondizionata e sufficientemente precisa delle direttive comunitarie - Pubblico servizio - Diritto soggettivo e interesse legittimo - Obbligo dello Stato di risarcire il danno derivante dalla mancata trasposizione della normativa comunitaria - Sussistenza.

Viene ribadito il principio, più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, Peterbroeck, in Raccolta, 1995, I, p. 4599 e in cause riunite n. C-430/93 e n. C-

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/Notizie.asp> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 295 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

431/93, Van Schijndel, in Raccolta, 1995, I, p. 4705, nonché del 27 febbraio 2003 in causa n. C-327/00, Santex SpA, in Raccolta, 2003, I, p. 1877), dell'obbligo del giudice nazionale di applicare anche d'ufficio il diritto comunitario, disapplicando, ove necessario, le norme nazionali che con esso siano in contrasto.

(...) Nella specie si tratta di diritto soggettivo che, oltre a non essere inciso dall'esercizio di un potere discrezionale della Pubblica amministrazione, non si ricollega ad un rapporto di concessione di pubblico servizio ed ha, comunque, ad oggetto un corrispettivo, per cui la controversia non può ritenersi devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1034/1971.

(Omissis) **In diritto**

Motivi della decisione

I motivi di ricorso, i quali debbono essere congiuntamente esaminati in quanto svolgono, sotto diversi profili, questioni di giurisdizione, meritano accoglimento.

Come esattamente rilevato dal ricorrente, la Corte di giustizia delle Comunità europee, nelle sentenze 25 febbraio 1999 in causa n. C 131/97, *Annalisa Carbonari e a. c. Università degli studi di Bologna e a.*; 3 ottobre 2000 in causa n. C 371/97, *Cinzia Gozza e a. c. Università degli studi di Padova e a.*, ha affermato che dalle direttive del Consiglio n. 75/362/Cee (artt. 5 e 7); n. 75/353/Cee (art. 2, n. 1, lett. c.), e n. 82/76/Cee deriva l'obbligo incondizionato e sufficientemente preciso di retribuire la formazione del medico specializzando. L'adempimento di tale obbligo, ove lo Stato membro (come nel caso dell'Italia) non abbia adottato nel termine prescritto le misure di trasposizione delle direttive, deve essere assicurato mediante gli strumenti idonei previsti dall'ordinamento nazionale. Nella sentenza *Carbonari* (punti da 48 a 53) la Corte di Lussemburgo ha indicato, quali modalità di adempimento di tale obbligo, l'applicazione retroattiva delle norme nazionali di trasposizione, attraverso un'interpretazione di tali norme conforme alle direttive e, ove tale applicazione non sia possibile, attraverso il risarcimento del danno da mancato adempimento, da parte dello Stato membro, degli obblighi derivanti dall'adesione al Trattato CE. Nella sentenza in causa n. C 371/97 la Corte comunitaria ha inoltre affermato (punto 39) che un'applicazione retroattiva delle misure nazionali di trasposizione costituirebbe una misura sufficiente a garantire un adeguato risarcimento, salva la possibilità di dimostrare ulteriori danni.

La natura incondizionata e sufficientemente precisa delle norme delle direttive, in quanto attribuiscono agli specializzandi un diritto perfetto ad una adeguata remunerazione, da tutelarsi in forma risarcitoria secondo i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Francovich*, è stata affermata dalle sezioni unite nella sentenza n. 5125/2002 e dalla successiva sentenza della terza sezione civile n. 7630/2003.

Tale interpretazione – che recepisce quella della Corte di giustizia nelle richiamate sentenze *Carbonari e Gozza* – deve essere condivisa, con le conseguenziali sta-

tuizioni sul riparto della giurisdizione. Le sezioni unite si riportano alla motivazione delle sentenze di questa Suprema Corte sopra richiamate, con le ulteriori precisazioni che seguono.

Secondo il Collegio, la disamina compiuta dalla Corte di merito non tiene conto dell'univoca indicazione derivante dalle citate decisioni della Corte di giustizia, seguite alla sentenza del 7 luglio 1987 in causa n. 49/86, con la quale era stata dichiarata l'inadempimento della Repubblica italiana all'obbligo di trasposizione della direttiva n. 82/76/Cee. La Corte d'appello ha, infatti, errato sotto un duplice profilo: perché si è soffermata sui procedimenti amministrativi, sfocianti in atti per lo più discrezionali, attraverso i quali viene costituito il rapporto giuridico tra specializzando e università, costituente la fonte dell'obbligo di remunerazione, senza porsi il problema del diritto ad essa relativo, scaturente direttamente dall'ordinamento comunitario. Nella specie, infatti, non viene sindacato l'esercizio di potestà organizzative della P.A.; perché non ha considerato che, anche se dovesse ricostruirsi la disciplina interna in modo da subordinare l'erogazione del compenso a valutazioni discrezionali, tale disciplina sarebbe contraria al diritto comunitario e dovrebbe, pertanto, essere disapplicata. Pur essendo indifferente all'ordinamento comunitario la tipologia delle situazioni soggettive, e in particolare la configurazione di quella conferita allo specializzando in relazione al trattamento economico, è evidente che la qualificazione della situazione come interesse legittimo confliggerebbe con le disposizioni delle direttive di cui è stata riconosciuta l'immediata applicazione, in quanto la nascita del diritto verrebbe subordinata all'esercizio di poteri amministrativi discrezionali. In altri termini, la tutela giurisdizionale apprestata dall'ordinamento nazionale agli interessi legittimi, in quanto presuppone una scelta discrezionale dell'amministrazione, non sarebbe idonea ad assicurare una soddisfazione incondizionata del diritto nascente dalle direttive.

Con la domanda formulata dall'attore, comunque qualificata (e cioè, quale pretesa fondata su un'applicazione retroattiva del dlgs n. 257/1991, ovvero sull'obbligo dello Stato di risarcire il danno derivante dalla mancata trasposizione) veniva fatto valere, in ogni caso, un diritto soggettivo. Spettava, quindi, al giudice ordinario verificare quale fosse l'esatta qualificazione giuridica del diritto fatto valere, seguendo le indicazioni date dalla Corte comunitaria nelle citate sentenze, oltre a quelle rese in materia di risarcimento da mancato adempimento di obblighi derivanti da mancata o inesatta trasposizione di direttive.

Nella ricostruzione ed interpretazione della domanda doveva, infatti, considerarsi anche tale profilo, in applicazione del principio, più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze 14 dicembre 1995 in cause n. C-312/93, *Peterbroeck* e n. C-430, n. 431/93, *Van Schijndel*, nonché 27 febbraio 2003 in causa n. C 327/00, *Santex Spa*) dell'obbligo del giudice nazionale di applicare anche d'ufficio il diritto comunitario, disapplicando, ove necessario, le norme nazionali che con esso siano in contrasto.

Infine non può neppure ritenersi – come affermato dal Consiglio di Stato nella decisione n. 445/2004 – che la controversia sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo perché afferente ad un pubblico servizio, in relazione all'art. 7, lett. a., della l. n. 205/2000, avendo la Corte costituzionale, con sentenza n. 204/2004, dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale norma, ripristinando in mate-

ria prevalenti criteri di riparto della giurisdizione. Nella specie si tratta di diritto soggettivo che, oltre a non essere inciso dall'esercizio di un potere discrezionale della P.A., non si ricollega ad un rapporto di concessione di pubblico servizio ed ha, comunque, ad oggetto un corrispettivo, per cui la controversia non può ritenersi devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1034/1971.

In conclusione, dovendo essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda volta ad ottenere il pagamento di una adeguata remunerazione, la sentenza impugnata deve essere cassata, al pari di quella di primo grado, che aveva del pari declinato la giurisdizione, con rinvio al primo giudice, che deciderà anche sulle spese della presente fase.

Restano fuori dall'oggetto del giudizio delle sezioni unite – che devono limitare il proprio esame alla questione di giurisdizione – tutte le altre questioni, quali l'esistenza dei requisiti che danno luogo – secondo la disciplina comunitaria e quella nazionale con essa non confliggente – all'obbligo della remunerazione.

(Omissis)

MEDICI SPECIALIZZANDI: SULLE DOMANDE DI RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALLA BORSA DI STUDIO È COMPETENTE A DECIDERE IL GIUDICE ORDINARIO

È competente il giudice ordinario a pronunciarsi sulla domanda del medico specializzando finalizzata ad ottenere dallo Stato sia la retribuzione per l'attività svolta durante la frequenza al corso di specializzazione, sia il risarcimento del danno per la mancata trasposizione della normativa comunitaria in materia.

È quanto hanno statuito le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza sopra riportata risolvendo così l'annosa questione concernente il diritto dei medici specializzandi a vedersi riconosciuta la giusta retribuzione anche nell'ipotesi di frequenza al corso di formazione nel periodo precedente l'entrata in vigore del dlgs n. 257/1991¹.

Per una migliore comprensione della sentenza occorre innanzitutto delineare, seppur brevemente, il quadro normativo (nazionale e comunitario) relativamente all'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi dei medici.

In Italia, la professione di medico è regolamentata dal dlgs n. 257/1991² che ha recepito la direttiva comunitaria n. 75/363/Cee³. Successivamente, è

¹ In *Guri* n. 191 del 16 agosto 1991.

² In attuazione della delega contenuta nell'art. 6 della l. n. 428/1990, la c.d. legge comunitaria per il 1990.

³ In *Guce* n. L 167 del 30 giugno 1975, p. 14, da ultimo modificata dalla direttiva n. 82/76/Cee (in *Guce* n. L 43 del 1982, p. 21). La direttiva n. 75/363/Cee relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico prevede, ai fini del riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico specialista, un'armonizzazione dei presupposti attinenti alla formazione e all'accesso alle specializzazioni mediche. In particolare, il secondo considerando della direttiva, al fine di coordinare le condizioni di formazione di medico specialista, prevede «taluni criteri minimi concernenti l'accesso alla formazione spe-

stata emanata la direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/16/Cee⁴ la quale, insieme alle direttive di modifica della stessa⁵, costituisce la codificazione di tutti gli atti di diritto derivato adottati dal 1975 concernenti la libera circolazione dei medici.

L'art. 16 della direttiva n. 82/76/Cee impone agli Stati membri di adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro e non oltre la data del 31 dicembre 1982.

Le direttive comunitarie, atti tipici e vincolanti ai sensi dell'art. 249 del Trattato CE, sono rivolte unicamente agli Stati membri. Esse impongono un termine agli Stati membri entro il quale devono adottare le misure interne di esecuzione, termine che, salvo diversa precisazione contenuta nella direttiva stessa, ha carattere vincolante per gli Stati membri destinatari, di modo che la sua inosservanza comporta una violazione del Trattato ai sensi degli artt. 226 ss. del Trattato CE⁶.

Come precisato, la direttiva n. 75/363/Cee è stata recepita nel nostro ordinamento con la l. n. 217 del 22 maggio 1978⁷, mentre la direttiva n. 82/76/Cee di modifica della direttiva n. 75/363/Cee non è stata recepita nel nostro ordinamento nonostante che, all'art. 16 della stessa fosse previsto che: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro e non oltre il 31 dicembre 1982. Essi ne informano immediatamente la Commissione».

cializzata, la sua durata minima, il modo e il luogo in cui quest'ultima deve essere effettuata, nonché il controllo di cui deve formare oggetto». L'art. 2, n. 1 della stessa direttiva, così come modificato dall'art. 9 della direttiva n. 82/76/Cee, prevede, inoltre, che la formazione che permette il conseguimento di un diploma, certificato o altro titolo di medico specialista deve soddisfare le condizioni ivi menzionate. Alla lettera c. viene richiesto, in particolare, che la formazione si svolga «a tempo pieno e sotto il controllo delle autorità o degli enti competenti, conformemente al punto 1 dell'allegato». L'allegato della direttiva di coordinamento, aggiunto dall'art. 13 della direttiva n. 82/76/Cee sulle caratteristiche della formazione a tempo pieno e della formazione a tempo ridotto dei medici specialisti, dispone: «1. La formazione a tempo pieno dei medici specialisti. Essa si effettua in posti di formazione specifici riconosciuti dalle autorità competenti. Essa implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua la formazione, comprese le guardie in modo che lo specialista in via di formazione dedichi a tale formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intera durata dell'intera settimana lavorativa e per tutta la durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. Tale formazione forma pertanto oggetto di un'adeguata remunerazione».

⁴ In *Guce* n. L 165 del 1993, p. 1, da ultimo modificata dalla direttiva n. 2001/19/Ce volta a facilitare la libera circolazione dei medici e il riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati e altri titoli.

⁵ Direttiva n. 97/50/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 (in *Guce* n. L 291 del 1997, p. 35); direttiva n. 98/21/Ce della Commissione dell'8 aprile 1998 (in *Guce* n. L 119 del 1998, p. 15); direttiva n. 98/63/Ce della Commissione del 3 settembre 1998 (in *Guce* n. L 253 del 1998, p. 24); direttiva n. 1999/46/Ce della Commissione del 21 maggio 1999 (in *Guce* n. L 139 del 1999, p. 25); direttiva n. 2001/19/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001 (in *Guce* n. L 206 del 2001, p. 1).

⁶ Cfr. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷ In *Guri* n. 146 del 29 maggio 1978.

Con la sentenza del 7 luglio 1987⁸ la Corte di giustizia delle Comunità europee ha dichiarato che la Repubblica italiana, non avendo adottato entro il termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva n. 82/76/Cee, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE.

A seguito di tale sentenza, lo Stato italiano ha provveduto ad adottare le norme interne di recepimento della direttiva n. 82/76/Cee emanando il dlgvo n. 257 dell'8 agosto 1991, sopra citato.

L'art. 4 del dlgvo n. 257/1991 disciplina i diritti e i doveri dei medici specializzandi.

L'istituzione di una borsa di studio a favore di questi ultimi è prevista all'art. 6, n. 1, del dlgvo, ai sensi del quale: «agli ammessi alle scuole di specializzazione (...) in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per la loro formazione, è corrisposta, per tutta la durata del corso, ad esclusione dei periodi di sospensione della formazione specialistica, una borsa di studio determinata per l'anno 1991 in Lire 21.500.000. Tale importo viene annualmente, a partire dal 1° gennaio 1992, incrementato dal tasso programmato di inflazione ed è rideterminato ogni triennio (...)».

L'art. 8, n. 2, del dlgvo n. 257/91 ha precisato che le disposizioni trovavano applicazione a decorrere dall'anno accademico 1991/92.

Rimaneva quindi da stabilire quale tutela potesse essere riconosciuta agli specializzandi medici prima dell'anno accademico 1991/92⁹.

L'applicabilità delle norme del dlgvo n. 257/91 solo ed esclusivamente ai medici che si erano iscritti alle scuole di specializzazione negli anni accademici successivi al 1991 si poneva in palese contrasto con le disposizioni comunitarie contenute nella direttiva n. 82/76/Cee e, in particolare, con la disposizione che prevede il diritto a favore dei medici specializzandi di vedersi riconoscere un'adeguata remunerazione per il lavoro svolto a partire dall'anno accademico 1983/1984.

Ne consegue che lo Stato italiano, adottando il dlgvo n. 257/91, ha certo sanato il proprio inadempimento, ma solamente per quanto riguarda il periodo successivo, dall'anno accademico 1991/92, lasciando, pertanto, privi di tutela tutti i medici specializzati negli anni accademici 1983/84 - 1990/91, disattendendo quanto statuito dalla direttiva n. 82/76/Cee a favore degli stessi medici.

⁸ In causa n. C-49/86, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 2995.

⁹ L'art. 11 della l. n. 370/99 (in *Guri* n. 252 del 26 ottobre 1999) e il d.m. del 14 febbraio 2000 di attuazione hanno riconosciuto i diritti dei medici iscritti agli anni precedenti: essi avevano diritto alla corresponsione a titolo indennitario di una borsa di studio onnicomprensiva, previo accertamento di talune condizioni, tra cui, l'esclusività dell'impegno professionale svolto. Tuttavia, tale indennità veniva riconosciuta a favore dei soli medici vittoriosi dinanzi al giudice amministrativo, con esclusione di tutti gli altri. Sulla disposizione in esame la nostra giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, si è pronunciata in maniera non univoca.

Sulla natura della normativa comunitaria, sopra citata, e sulle problematiche inerenti alla stessa venutesi a produrre, la Corte di giustizia delle Comunità europee si era già pronunciata.

Infatti, nelle sentenze del 25 febbraio 1999 e del 3 ottobre 2000¹⁰, la Corte di giustizia ha affermato che dagli artt. 5 e 7 della direttiva del Consiglio n. 75/362/Cee¹¹, dall'art. 2, n. 1, lett. c. della direttiva n. 75/353/Cee e dalla direttiva n. 82/76/Cee che ha modificato la direttiva n. 75/363/Cee deriva la natura incondizionata e precisa dell'obbligo della remunerazione a favore dei medici specializzandi, per cui l'adempimento di tale obbligo deve essere assicurato mediante gli strumenti idonei previsti dall'ordinamento nazionale.

Nella causa *Carbonari*, sopra citata, la Corte di giustizia ha indicato, quali modalità di adempimento di siffatto obbligo, l'applicazione retroattiva delle norme nazionali di trasposizione, mediante un'interpretazione di tale norme conforme alle direttive e, ove tale applicazione non fosse possibile, mediante il risarcimento del danno per il mancato adempimento, da parte dello Stato membro, degli obblighi derivanti dall'adesione al Trattato CE.

Nella sentenza *Gozza*, ugualmente sopra citata, la Corte di giustizia ha affermato, altresì, che «l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva n. 82/76/Cee permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita. Tuttavia, spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva n. 82/76/Cee sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti da detta direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti».

La natura incondizionata e sufficientemente precisa delle norme delle direttive, in quanto attribuiscono agli specializzandi il diritto ad una adeguata remunerazione, da tutelarsi in forma risarcitoria secondo i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Franco-vich*¹², è stata affermata dalle sezioni unite della Corte di cassazione nella sen-

¹⁰ Rispettivamente: *Carbonari e a. c. Università degli Studi di Bologna e a.* in causa n. 131/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1103 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 482 e *Gozza e a. c. Università degli Studi di Padova e a.*, in causa n. C-371/97, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7881.

¹¹ In *Guce* n. L 167 del 1975, p. 14.

¹² Sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357, in questa *Rivista*, 1992, p. 81 ss. con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, p. 91 s. In essa la Corte di giustizia ha precisato che l'individuo che sia stato leso in un diritto attribuitogli da una norma comunitaria in conseguenza dell'inadempimento dello Stato ha il diritto di chiedere al giudice nazionale il risarcimento dei danni subiti. Tale principio è stato ribadito nelle seguenti sentenze della Corte di giustizia: sentenze del 5 marzo 1996 in cause riunite n. 46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur, Factortame*, in *Raccolta*, I, 1996, p. 1029, massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con nota di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per vio-*

tenza del 10 aprile 2002, n. 5125 e dalla successiva sentenza della sezione III civile del 16 maggio 2003, n. 7630¹³. In quest'ultima sentenza, la Corte di cassazione in una causa tra lo Stato e un medico specializzando, ha riconosciuto la risarcibilità ex art. 2043 del codice civile del danno causato al medico a causa dell'inadempienza dello Stato italiano nell'attuazione delle direttive comunitarie n. 75/363/Cee e n. 76/82/Cee rigettando la domanda dello Stato¹⁴.

Sul motivo afferente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo perché concernente un pubblico servizio, la Corte di cassazione, nella decisione qui esaminata, ha richiamato quanto affermato dalla Corte costituzionale sul punto con la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004¹⁵: la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il proprio potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si avvale di tale facoltà.

lazione delle norme comunitarie, p. 52 ss.; sentenza del 26 marzo 1996 in causa n. C-392/93, *The Queen c. H. M. Treasury*, ex parte *British Telecommunications plc.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631 ss.; sentenza del 23 maggio 1996 in causa n. C-5/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553 e in questa *Rivista* 1997, p. 56 ss. con commento di L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du Pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, p. 63 ss. nonché sentenza dell'8 ottobre 1996 in causa n. C-178/94, *Dillenkofer e a. c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845. La Corte di giustizia ha individuato nella giurisprudenza appena citata tre condizioni, in presenza delle quali lo Stato è obbligato a risarcire i danni provocati ai singoli: *a.* la norma giuridica deve essere preordinata ad attribuire diritti ai singoli; *b.* la violazione deve essere sufficientemente caratterizzata, cioè manifesta e grave; *c.* la presenza di un nesso causale tra la violazione dell'obbligo comunitario dello Stato e il danno.

¹³ Cfr., altresì, sentenza n. 5125/2002.

¹⁴ La Corte di cassazione, a fondamento delle proprie argomentazioni che hanno portato al riconoscimento, richiama la costante giurisprudenza della Corte di giustizia sia in tema di danno subito dal cittadino per effetto della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sia sul primato del diritto comunitario sui diritti interni degli Stati membri: «la norma comunitaria entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito della immediata applicabilità. Questo principio vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della Comunità europea mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia Ce (cfr. sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170 e del 23 aprile 1985, n. 113. A causa dell'inadempienza dello Stato, così statuisce la Corte di cassazione, il medico specializzando è stato costretto a seguire un corso di specializzazione privo delle regole previste dalla direttiva Ce».

¹⁵ La Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 ha dichiarato la parziale incostituzionalità degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34 del dlvo n. 80 del 31 marzo 1998, come sostituiti dall'art. 7 della l. n. 205 del 21 luglio 2000, concernente disposizioni in materia di giustizia amministrativa, restringendo così i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il testo della sentenza della Corte costituzionale è reperibile al seguente indirizzo internet: www.cortecostituzionale.it.

Il giudice amministrativo sarà così competente per «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore».

Seguendo il ragionamento svolto dalla Corte di cassazione, possiamo affermare che, nel caso di specie, il diritto fatto valere dal soggetto ricorrente costituisce un diritto soggettivo – e non un interesse legittimo – un diritto che è sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto ha ad oggetto il pagamento di una remunerazione (e la possibilità del medico ricorrente di ottenere la borsa di studio non può essere subordinata a valutazioni discrezionali della Pubblica amministrazione).

Ne consegue che la tutela giurisdizionale predisposta dall'ordinamento nazionale per la tutela degli interessi legittimi non sarebbe idonea, a parere della Suprema Corte, ad assicurare la soddisfazione del diritto nascente dalle direttive, che deve essere riconosciuto in modo incondizionato.

Enrica Adobati*

* Avvocato in Novara.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE: ISTITUITO UN TITOLO ESECUTIVO EUROPEO PER I CREDITI NON CONTESTATI

Regolamento (Ce) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare gli artt. 61, lett. c., e 67, par. 5, secondo trattino,

vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo²,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato³,
considerando quanto segue:

1. La Comunità si prefigge l'obiettivo di mantenere e sviluppare 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.

2. Il 3 dicembre 1998 il Consiglio ha adottato un piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (piano d'azione di Vienna)⁴.

3. Il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha approvato il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie quale fondamento per la creazione di un autentico spazio giudiziario.

* *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 15. In argomento v. *infra*, p. 309 ss., il commento di *GIORGIO CORNO*.

¹ *Guce* n. C 203 E del 27 agosto 2002, p. 86.

² *Gu-Ue* n. C 85 dell'8 aprile 2003, p. 1.

³ Parere del Parlamento europeo dell'8 aprile 2003 (*Gu-Ue* n. C 64 E del 12 marzo 2004, p. 79), posizione comune del Consiglio del 6 febbraio 2004 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e posizione del Parlamento europeo del 30 marzo 2004 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*).

⁴ *Guce* n. C 19 del 23 gennaio 1999, p. 1.

4. Il 30 novembre 2000 il Consiglio ha adottato un programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale⁵. Il programma prevede, per la prima fase, la soppressione dell'*exequatur*, ovvero l'istituzione di un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati.

5. La nozione di «credito non contestato» dovrebbe comprendere tutte le situazioni in cui un creditore, tenuto conto dell'assenza accertata di contestazione da parte del debitore in ordine alla natura o all'entità del debito, ha ottenuto o una decisione giudiziaria contro quel debitore o un documento avente efficacia esecutiva che richieda l'esplicito consenso del debitore stesso, sia esso una transazione giudiziaria o un atto pubblico.

6. L'assenza di contestazioni da parte del debitore come descritta all'art. 3, par. 1, lett. b., può assumere la forma di mancata comparizione in un'udienza davanti al giudice o mancata osservanza dell'invito di un giudice a notificare l'intenzione di difendere la propria causa per iscritto.

7. Il presente regolamento dovrebbe applicarsi alle decisioni giudiziarie, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici aventi ad oggetto crediti non contestati e alle decisioni pronunciate in seguito a impugnazioni di decisioni giudiziarie, transazioni giudiziarie e atti pubblici, certificati come titoli esecutivi europei.

8. Nelle sue conclusioni di Tampere, il Consiglio Europeo ha ritenuto che l'accesso all'esecuzione in uno Stato membro diverso da quello in cui è pronunciata la decisione giudiziaria dovrebbe essere reso più celere e semplice, sopprimendo qualsiasi procedura intermedia necessaria per l'esecuzione nello Stato membro dove si chiede l'esecuzione. La decisione giudiziaria certificata titolo esecutivo europeo dal giudice d'origine dovrebbe essere trattata, ai fini dell'esecuzione, come se fosse stata pronunciata nello Stato membro dove si chiede l'esecuzione. Nel Regno Unito, ad esempio, la registrazione di una decisione giudiziaria straniera certificata seguirà pertanto le medesime regole della registrazione di una decisione giudiziaria pronunciata in altra sede nel Regno Unito e non implicherà un riesame nel merito della decisione giudiziaria straniera. I regimi in materia di esecuzione delle decisioni giudiziarie dovrebbero continuare a essere disciplinati dal diritto interno.

9. Tale procedura dovrebbe presentare notevoli vantaggi rispetto alla procedura d'*exequatur* prevista 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 commerciale⁶, in quanto rende superfluo il benessere del sistema giudiziario del secondo Stato membro, con i ritardi e i costi che ne conseguono.

10. Nel caso di una decisione relativa a un credito non contestato resa in uno Stato membro nei confronti di un debitore contumace, la soppressione di qualsiasi controllo nello Stato membro dell'esecuzione è intrinsecamente legata e subordinata all'esistenza di garanzie sufficienti del rispetto dei diritti della difesa.

11. Il presente regolamento mira a promuovere i diritti fondamentali e tiene

⁵ *Guce* n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1.

⁶ *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).

conto dei principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Intende garantire in particolare il pieno rispetto del diritto a un processo equo, in linea con l'art. 47 della Carta.

12. Dovrebbero pertanto essere fissate norme procedurali minime per i procedimenti giudiziari che sfociano nella decisione, per garantire che il debitore abbia conoscenza in tempo utile ed in modo tale da potersi difendere, da una parte, dell'esistenza dell'azione giudiziaria promossa nei suoi confronti, nonché degli adempimenti necessari per poter partecipare attivamente al procedimento al fine di contestare il credito e, dall'altra, delle conseguenze della sua mancata partecipazione.

13. Di fronte alle diversità che esistono tra gli Stati membri relativamente alle norme di procedura civile, e in particolare quelle relative alla notificazione di documenti, è necessario che tali norme minime siano definite in modo specifico e dettagliato. In particolare, qualsiasi forma di notificazione basata su una *fictio iuris* in ordine all'osservanza di tali norme minime non può essere considerata sufficiente al fine della certificazione di una decisione come titolo esecutivo europeo.

14. Tutti i metodi di notificazione elencati agli artt. 13 e 14 sono caratterizzati sia dall'assoluta certezza (art. 13), sia da un grado assai elevato di verosimiglianza (art. 14) che il documento notificato è pervenuto al destinatario. Nella seconda ipotesi, una decisione giudiziaria dovrebbe essere certificata come titolo esecutivo europeo soltanto se lo Stato membro d'origine dispone di un meccanismo appropriato che consenta al debitore di chiedere il riesame completo della decisione giudiziaria alle condizioni stabilite all'art. 19, nei casi eccezionali in cui, malgrado l'osservanza dell'art. 14, il documento non sia pervenuto al destinatario.

15. La notificazione a mani di persone diverse dal debitore stesso a norma dell'art. 14, par. 1, lett. *a.* e *b.* dovrebbe essere considerata come rispondente ai requisiti di cui a tali norme soltanto se le suddette persone hanno effettivamente accettato/ricevuto il documento in questione.

16. L'art. 15 dovrebbe applicarsi alle situazioni nelle quali il debitore non può stare in giudizio personalmente, come nel caso di una persona giuridica, e alle situazioni nelle quali un rappresentante è indicato dalla legge, nonché a quelle nelle quali il debitore ha autorizzato un'altra persona, in particolare un legale, a rappresentarlo nello specifico procedimento in corso.

17. Il giudice competente per la verifica dell'integrale osservanza delle norme procedurali minime dovrebbe, in caso affermativo, rilasciare un certificato standard di titolo esecutivo europeo dal quale risulti con chiarezza tale controllo e il suo risultato.

18. La reciproca fiducia nell'amministrazione della giustizia negli Stati membri giustifica che la sussistenza dei requisiti richiesti per il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo sia accertata dal giudice di uno Stato membro al fine di rendere la decisione esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia necessario il controllo giurisdizionale della corretta applicazione delle norme minime procedurali nello Stato membro dell'esecuzione.

19. Il presente regolamento non comporta un obbligo per gli Stati membri di adeguare gli ordinamenti nazionali alle norme minime procedurali. Esso offre un incentivo in tal senso, agevolando l'accesso a una più efficiente e rapida esecuzione delle decisioni giudiziarie in un altro Stato membro solo a condizione che siano rispettate tali norme minime.

20. Il creditore dovrebbe poter scegliere tra la presentazione della domanda per ottenere la certificazione di titolo esecutivo europeo ed il sistema di riconoscimento e esecuzione previsto dal regolamento (Ce) n. 44/2001 o da altri atti comunitari.

21. Quando un documento deve essere inviato da uno Stato membro a un altro per essere ivi notificato, il presente regolamento, in particolare le norme in materia di notificazione dovrebbero applicarsi assieme al 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 commerciale⁷, in particolare l'art. 14, in collegamento con le dichiarazioni degli Stati membri ai sensi dell'art. 23 di detto regolamento.

22. Poiché gli scopi del presente regolamento non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, a causa delle dimensioni o degli effetti dell'intervento, 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 è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

23. Le misure necessarie per l'applicazione 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 Commissione⁸.

24. 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, il Regno Unito e l'Irlanda hanno notificato che desiderano partecipare all'adozione e all'applicazione del presente regolamento.

25. A norma degli artt. 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea, la Danimarca non partecipa all'adozione del presente regolamento e di conseguenza non è da esso vincolata né è soggetta alla sua applicazione.

26. Conformemente all'art. 67, par. 5, secondo trattino del Trattato, la procedura di codecisione è applicabile dal 1o febbraio 2003 per le misure stabilite nel presente regolamento,

hanno adottato il presente regolamento:

Capo I - Oggetto, campo d'applicazione e definizioni

Articolo 1 - Oggetto

Il presente regolamento istituisce un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati al fine di consentire, grazie alla definizione di norme minime, la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici in tutti gli Stati membri senza che siano necessari, nello Stato membro dell'esecuzione, procedimenti intermedi per il riconoscimento e l'esecuzione.

⁷ *Guce* n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 37.

⁸ *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23.

Articolo 2 - Campo d'applicazione

1. Il presente regolamento si applica in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Esso non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale o amministrativa o la responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta jure imperii*).

2. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente regolamento:

a. lo stato o la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni;

b. i fallimenti, i concordati e le procedure affini;

c. la sicurezza sociale;

d. l'arbitrato.

3. Nel presente regolamento per «Stato membro» si intende qualsiasi Stato membro ad eccezione della Danimarca.

Articolo 3 - Titoli esecutivi da certificare come titolo esecutivo europeo

1. Il presente regolamento si applica alle decisioni giudiziarie, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici relativi a crediti non contestati.

Un credito si considera «non contestato» se:

a. il debitore l'ha espressamente riconosciuto mediante una dichiarazione o mediante una transazione approvata dal giudice o conclusa dinanzi al giudice nel corso di un procedimento giudiziario; o

b. il debitore non l'ha mai contestato nel corso del procedimento giudiziario, in conformità delle relative procedure giudiziarie previste dalla legislazione dello Stato membro di origine; o

c. il debitore non è comparso o non si è fatto rappresentare in un'udienza relativa a un determinato credito pur avendo contestato inizialmente il credito stesso nel corso del procedimento, sempre che tale comportamento equivalga a un'ammissione tacita del credito o dei fatti allegati dal creditore secondo la legislazione dello Stato membro d'origine, o

d. il debitore l'ha espressamente riconosciuto in un atto pubblico;

2. Il presente regolamento si applica inoltre alle decisioni pronunciate a seguito dell'impugnazione di decisioni giudiziarie, transazioni giudiziarie o atti pubblici certificati come titoli esecutivi europei.

(Omissis)

Capo II - Titolo esecutivo europeo

Articolo 5 - Abolizione dell'*exequatur*

La decisione giudiziaria che sia stata certificata come titolo esecutivo europeo nello Stato membro d'origine è riconosciuta ed eseguita negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento.

Articolo 6 - Requisiti per la certificazione come titolo esecutivo europeo

1. Una decisione giudiziaria relativa ad un credito non contestato pronunciata in uno Stato membro è certificata, su istanza presentata in qualunque momento al giudice di origine, come titolo esecutivo europeo se:

- a. la decisione è esecutiva nello Stato membro d'origine, e
- b. la decisione non è in conflitto con le norme in materia di competenza giurisdizionale di cui al capo II, sezioni 3 e 6 del regolamento (Ce) n. 44/2001, e
- c. il procedimento giudiziario svoltosi nello Stato membro d'origine è conforme ai requisiti di cui al capo III, allorché un credito è considerato non contestato ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b. o c., e
- d. la decisione giudiziaria è pronunciata nello Stato membro del domicilio del debitore ai sensi dell'art. 59 del regolamento (Ce) n. 44/2001, allorché:
 - un credito sia considerato non contestato ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b. o c. del presente regolamento, e
 - si riferisca ad un contratto concluso da una persona, il consumatore, per una finalità che può essere considerata estranea al suo mestiere o alla sua professione, e
 - il debitore sia il consumatore.

2. Allorché una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo non è più esecutiva o la sua esecutività è stata sospesa o limitata, viene rilasciato, su istanza presentata in qualunque momento al giudice d'origine, un certificato comprovante la non esecutività o la limitazione dell'esecutività utilizzando il modello di cui all'allegato IV.

3. Fatto salvo l'art. 12, par. 2, allorché viene pronunciata una decisione a seguito dell'impugnazione di una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo ai sensi del par. 1 del presente articolo, viene rilasciato, su istanza presentata in qualunque momento, un certificato sostitutivo utilizzando il modello di cui all'allegato V, se la suddetta decisione riguardante l'impugnazione è esecutiva nello Stato membro d'origine.

(Omissis)

Capo IV - Esecuzione

Articolo 20 - Procedimento di esecuzione

1. Fatte salve le disposizioni del presente capo, i procedimenti di esecuzione sono disciplinati dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

Una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo è eseguita alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro dell'esecuzione.

2. Il creditore è tenuto a fornire alle autorità competenti dell'esecuzione nello Stato membro dell'esecuzione:

- a. una copia della decisione che presenti le condizioni di autenticità prescritte, e
- b. una copia del certificato di titolo esecutivo europeo che presenti le condizioni di autenticità prescritte, e
- c. se del caso, una trascrizione del certificato di titolo esecutivo europeo o una

traduzione del certificato di titolo esecutivo europeo nella lingua ufficiale dello Stato membro dell'esecuzione oppure, ove tale Stato abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui viene chiesta l'esecuzione, conformemente al diritto dello Stato membro in questione, o in un'altra lingua che lo Stato membro dell'esecuzione abbia dichiarato di accettare. Ciascuno Stato membro può indicare la lingua o le lingue ufficiali delle istituzioni della Comunità europea, diversa/diverse dalla sua o dalle sue, nelle quali ammette la compilazione del certificato. La traduzione è autenticata da una persona a tal fine abilitata in uno degli Stati membri.

3. Alla parte che in uno Stato membro chiedi l'esecuzione di una decisione certificata come titolo esecutivo europeo in un altro Stato membro non possono essere richiesti cauzioni, garanzie o depositi, comunque siano denominati, a causa della qualità di straniero/a o per difetto di domicilio o residenza nello Stato membro dell'esecuzione.

(Omissis)

Articolo 22 - Accordi con Paesi terzi

Il presente regolamento lascia impregiudicati gli accordi anteriori all'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 44/2001 con i quali gli Stati membri si siano impegnati, ai sensi dell'art. 59 della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, a non riconoscere una decisione emessa, in particolare in un altro Stato contraente della convenzione, contro un convenuto che aveva il proprio domicilio o la propria residenza abituale in un Paese terzo, qualora la decisione sia stata fondata, in un caso previsto all'art. 4 della convenzione, soltanto sulle norme in materia di competenza di cui all'art. 3, secondo comma, della convenzione stessa.

(Omissis)

Capo V - Transazioni giudiziarie e atti pubblici

Articolo 24 - Transazioni giudiziarie

1. Le transazioni aventi ad oggetto crediti ai sensi dell'art. 4, par. 2, approvate dal giudice o concluse dinanzi al giudice nel corso di un procedimento giudiziario ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro in cui sono state approvate o concluse, su richiesta presentata al giudice che le ha approvate o dinanzi al quale sono state concluse, sono certificate come titoli esecutivi europei, utilizzando il modello riportato nell'allegato II.

2. La transazione certificata come titolo esecutivo europeo nello Stato membro di origine è eseguita negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi alla sua esecutività.

3. Si applicano, per quanto occorra, le disposizioni del capo II, ad eccezione dell'art. 5, dell'art. 6, par. 1 e dell'art. 9, par. 1, e le disposizioni del capo IV, ad eccezione dell'art. 21, par. 1 e dell'art. 22.

Articolo 25 - Atti pubblici

1. Gli atti pubblici aventi ad oggetto crediti ai sensi dell'art. 4, par. 2, dotati di efficacia esecutiva in uno Stato membro, su richiesta presentata all'autorità designata dallo Stato membro d'origine, sono certificati come titoli esecutivi europei, utilizzando il modello riportato nell'allegato III.

2. Un atto pubblico certificato come titolo esecutivo europeo nello Stato membro di origine è eseguito negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi alla sua esecutività.

3. Si applicano, per quanto occorra, le disposizioni del capo II, ad eccezione dell'art. 5, dell'art. 6, par. 1 e dell'art. 9, par. 1, e le disposizioni del capo IV, ad eccezione dell'art. 21, par. 1 e dell'art. 22.

Capo VI - Disposizione transitoria *Articolo 26 - Disposizione transitoria*

Il presente regolamento si applica solo alle decisioni giudiziarie rese, alle transazioni giudiziarie approvate o concluse e agli atti pubblici redatti o registrati posteriormente alla sua entrata in vigore.

Capo VII - Relazioni con gli altri atti comunitari *Articolo 27 - Relazioni con il regolamento (Ce) n. 44/2001*

Il presente regolamento non pregiudica la possibilità di chiedere il riconoscimento e l'esecuzione conformemente al regolamento (Ce) n. 44/2001 di una decisione giudiziaria, di una transazione giudiziaria o di un atto pubblico relativi a un credito non contestato.

Articolo 28 - Relazioni con il regolamento (Ce) n. 1348/2000

Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione del regolamento (Ce) n. 1348/2000.

(Omissis)

Articolo 33 - Entrata in vigore

Il presente regolamento entra in vigore il 21 gennaio 2005.

Esso si applica a partire dal 21 ottobre 2005, ad eccezione degli artt. 30, 31 e 32, che si applicano dal 21 gennaio 2005.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri in base al Trattato che istituisce la Comunità europea.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO N. 805/2004/CE ISTITUTIVO DEL TITOLO ESECUTIVO EUROPEO PER CREDITI NON CONTESTATI*

Sommario: **1.** *Verso un effettivo spazio europeo di giustizia nel quale garantire la libera circolazione delle persone* - **2.** *L'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale nella Comunità europea* - **3.** *La necessità di precise norme procedurali per i crediti non contestati* - **4.** *Segue: Verso un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati* - **5.** *Il Regolamento. Scopo e finalità* - **6.** *Ambito di applicazione* - **7.** *Abolizione dell'exequatur* - **8.** *Requisiti per la certificazione come titolo esecutivo europeo* - **9.** *Norme minime per i procedimenti relativi ai crediti non contestati* - **10.** *Formalità del certificato di titolo esecutivo europeo. Certificati speciali. Rettifica o revoca* - **11.** *Vantaggi nei procedimenti degli Stati membri nell'atenersi alle norme minime per i procedimenti relativi ai crediti non contestati* - **12.** *Esecuzione* - **13.** *Transazioni giudiziarie* - **14.** *Atti pubblici* - **15.** *Osservazioni finali. Verso l'abolizione dell'exequatur?*

1. Verso un effettivo spazio europeo di giustizia nel quale garantire la libera circolazione delle persone

La cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali è considerata una questione di comune interesse nell'ambito dell'Unione europea, a prescindere dalla natura dei diritti per i quali la cooperazione è richiesta. Essa si inserisce nel quadro del generale obiettivo di mantenere e sviluppare l'Unione europea come un'area di libertà, sicurezza e giustizia, all'interno della quale gli eventuali contendenti possono esercitare i loro diritti, godendo di facilitazioni equivalenti a quelle di cui godono dinanzi ai giudici nei propri Stati¹.

* Testo riveduto e ampliato della relazione su «Recenti sviluppi in materia di procedure di recupero dei crediti nell'Unione europea e in Italia» presentata alla Camera di Commercio di Hong Kong il 30 settembre 2004. Si ringrazia, per la traduzione dall'inglese, la dott. Barbara Dicuzzo.

¹ In conformità all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea. Per un esame più approfondito, si rinvia al «Parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di regolamento (Ce) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale» in *Guce* n. C 117 del 26 aprile 2000, p. 6.

In tale ambito, il Trattato di Amsterdam ha trasferito la disciplina di una parte sostanziale di quello che è conosciuto come terzo pilastro dell'Unione (art. 65)² – e, cioè, giustizia e affari interni (K 1 (6) TUE – all'interno della sfera di responsabilità della Comunità e, cioè, all'interno del c.d. primo Pilastro. Il Consiglio dell'Unione europea, di conseguenza è divenuto competente ad adottare misure dirette, *inter alia*, ad eliminare ostacoli al corretto funzionamento dei procedimenti civili all'interno della Comunità europea e ad allargare il c.d. ordine europeo del processo civile³. In virtù di tali poteri, il 29 maggio 2000 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato i Regolamenti: n. 1206/2000 sulla cooperazione fra i tribunali degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale; n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza; n. 1347/2000 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori nei confronti dei figli; n. 1348/2000 relativo alla notificazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale⁴.

2. L'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale nella Comunità europea

Nell'ambito della cooperazione giudiziaria, notevole rilievo riveste il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. Fin dall'approvazione del Trattato di Roma e, in particolare, dell'art. 293 CE (già art. 220), ci si è resi conto che le formalità richieste per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale⁵ (c.d. *exequatur*) avrebbero potuto limitare il diritto di dare esecuzione ad una decisione giudiziaria.

² Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il conflitto di leggi e la disciplina del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie nell'ambito dell'Unione europea erano direttamente disciplinati dagli Stati membri oppure da Convenzioni bilaterali o multilaterali, quando l'ambito di applicazione dei suddetti conflitti o decisioni giudiziarie esorbitavano dal territorio dell'Unione europea. Su questo tema, si veda, fra gli altri, BASEDOW, *Communitarisation of Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, CMLR, 2000, p. 687; BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile: dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 261; DE CESARI, *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 278.

³ TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 903 ss.

⁴ Il regolamento n. 1206/2000/Ce è pubblicato in *Guce* n. L 135 dell'8 giugno 2000, p. 23; i regolamenti n. 1346/2000/Ce, n. 1347/2000/Ce e n. 1348/2000/Ce sono tutti pubblicati in *Guce* n. L 160 del 30 giugno 2000, rispettivamente p. 1, p. 19 e p. 37.

⁵ Questo diritto è stato più volte riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Vedasi, ad esempio, *Hornsby c. Grecia*, decisione in data 13 marzo 1997 (nell'ambito della quale la Corte ha ritenuto che astenersi per più di cinque anni dall'assumere le misure necessarie per dare esecuzione a due decisioni definitive della corte amministrativa suprema (*Supreme Administrative Court*) costituiva un modo per togliere qualsivoglia effetto utile al disposto dell'art. 6, par. 1 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Per tale motivo, in data 27 settembre 1968 è stata adottata la Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale⁶, che prevedeva un procedimento di esecuzione⁷ meno complesso di quello previsto dai sistemi nazionali degli Stati membri⁸.

Successivamente, in data 22 dicembre 2000, il Consiglio dell'Unione europea, nell'ambito dei menzionati poteri previsti dal Trattato di Amsterdam, ha adottato il già ricordato Regolamento n. 44/2001 riguardante la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale⁹. Secondo le disposizioni in esso contenute, le decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale pronunciate in uno Stato membro ed eseguibili in quello Stato¹⁰ possono essere eseguite in un altro Stato membro successivamente alla dichiarazione di esecutorietà ottenuta in quest'ultimo Stato membro, su richiesta di qualsiasi parte interessata¹¹ (artt. 38 ss.; 57 e 58). La dichiarazione di esecutorietà può essere ottenuta in seguito a controlli meramente formali sui documenti forniti, sulla base di una istanza regolata dalla legge dello Stato membro nel quale la declaratoria di esecutorietà è richiesta; e senza alcuna possibilità per il giudice adito di aggiungere di propria iniziativa alcuna ulteriore causa di non esecutorietà rispetto a quelle previste dal Regolamento. La parte contro cui l'esecuzione è domandata può proporre appello contro la decisione di esecutività, sulla base di specifici motivi che devono essere provati dall'appellante, come nel caso in

⁶ Solo Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Olanda hanno adottato la Convenzione nel testo originario. Successivamente sono state adottate modifiche alla Convenzione, contestualmente alla adesione alla Convenzione da parte di Danimarca, Irlanda e Gran Bretagna, in data 9 ottobre 1978; Grecia, in data 25 ottobre 1982; Spagna e Portogallo, in data 26 maggio 1989; Finlandia, Austria e Svezia in data 29 novembre 1966. La versione definitiva della Convenzione è stata pubblicata nella *Guce* n. C 27 del 26 gennaio 1998.

⁷ In parallelo con la Convenzione di Bruxelles, la Convenzione di Lugano, sottoscritta in data 16 settembre 1988, recepisce i principi della Convenzione di Bruxelles fra gli Stati membri dell'Unione europea e quelli dell'Associazione europea del libero mercato (EFTA).

⁸ Per la disciplina italiana, vedasi gli artt. 64 ss. della legge n. 218 del 31 maggio 1995, in *Guri* n. 128 del 3 giugno 1996, *suppl. ord.*

⁹ LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44 del 2001*, in AA. VV., *Le discipline comunitarie relative al processo civile*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 109 ss. confronta la legge n. 218/95 e il Regolamento n. 44/2001.

¹⁰ Il Regolamento n. 44/2001, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1, invero, trova applicazione anche ai documenti formalmente redatti o registrati come atti pubblici ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro; nonché alle transazioni approvate o concluse dinanzi a un giudice nel corso di procedimenti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro nel quale sono stati approvati o conclusi. Su tale regolamento 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 ss.; Parte Seconda: *Riconoscimento ed esecutività delle sentenze e degli atti stranieri*, p. 653 ss.

¹¹ In Inghilterra e Galles, le decisioni giudiziarie devono essere registrate per poter essere esecutive. L'istanza per la registrazione deve essere supportata da rilevanti prove, quali prove per testi oppure deposizioni scritte e giurate.

cui l'esecuzione della decisione giudiziaria appaia manifestamente contraria all'ordine pubblico nello Stato membro in cui l'esecuzione è domandata¹².

3. La necessità di precise norme procedurali per i crediti non contestati

Il Regolamento n. 44/2001 ha sensibilmente migliorato la procedura volta ad ottenere una decisione di esecutività rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968.

Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie richiedeva, peraltro, un procedimento più rapido e semplificato¹³ per le controversie prive di natura contenziosa¹⁴, che avrebbe consentito di utilizzare in maniera efficiente le scarse risorse a disposizione degli organi giurisdizionali, i quali avrebbero potuto concentrarsi sui casi in contenzioso, risolvendoli in un ragionevole periodo di tempo; aumentare l'attività imprenditoriale all'interno dell'Unione europea; evitare il deterioramento dell'economia europea; rendere gli operatori economici meno riluttanti ad intraprendere un'attività di esportazione¹⁵ nonché assicurare che i debitori non fossero posti nella condizione di ottenere un certo grado di impunità; evitare incentivi volti a non eseguire pagamenti intenzionalmente a vantaggio dei debitori medesimi¹⁶.

Un'appropriata disciplina legale volta a consentire ai creditori di accedere a rapide risoluzioni con riferimento ai crediti non contestati avrebbe, pertanto, dovuto essere creata, sia pure nel rispetto dei principi previsti dall'art. 6 della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. "il diritto ad un giudice"), come pure dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («diritto ad effettivi rimedi giurisdizionali e ad un equo processo»).

¹² Art. 57 del Regolamento n. 44/2001.

¹³ Il parere del Comitato economico e sociale europeo sulla proposta di Regolamento del Consiglio riguardante la competenza giurisdizionale, *cit. supra*, nota 1, menziona inoltre altri crediti, pagamenti scaduti, ritardo nel pagamento di salari, mancato pagamento di salari a seguito del fallimento dell'impresa, etc.

¹⁴ Nel 2001 la percentuale dei crediti non contestati negli Stati membri ha raggiunto il 50% (Irlanda) o più del 80% (Germania, Austria e Svezia) al di fuori dei casi di competenza delle Corti di primo livello. Si veda, in proposito, SERVERIN, *Des procédures de traitement judiciaires des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des Etats-Membres de l'Union Européenne*, Cachan, 2001, p. 30, come pure il Libro verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità, Bruxelles 20 dicembre 2002, Com(2002)746 Final, 8.

¹⁵ V. Raccomandazione della Commissione n. 95/198/Ce del 12 maggio 1995, sulla durata dei pagamenti nelle transazioni commerciali, in *Guce* n. L 127 del 10 giugno 1995, p. 19.

¹⁶ Libro verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, *loc. cit.*

4. Segue. Verso un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati

Durante il Consiglio europeo di Tampère del 15 e 16 ottobre 1999 in materia di giustizia e affari interni¹⁷, il Consiglio dell'Unione europea ha stabilito che l'*iter* di accesso alle procedure esecutive per l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in uno Stato membro diverso da quello in cui la decisione è stata resa, avrebbe dovuto essere accelerato e semplificato, dispensando l'adozione di fasi intermedie precedenti la sua esecuzione.

Il Consiglio, in particolare, ha statuito la necessità di svolgere attività volta alla creazione di un titolo esecutivo europeo, prestando attenzione anche a quegli aspetti di diritto processuale riguardo ai quali la fissazione di norme minime comuni è necessaria per facilitare l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, nel rispetto dei fondamentali principi giuridici degli Stati membri¹⁸. Pertanto, il Consiglio e la Commissione avrebbero dovuto «predisporre un nuovo diritto processuale per le controversie che presentano elementi di estraneità, con particolare riguardo a quegli elementi strumentali per facilitare la cooperazione giudiziaria ed accrescere l'accesso alla legge, quali, ad esempio, le misure cautelari, l'assunzione delle prove, l'ottenimento di ingiunzioni di pagamento e i termini di prescrizione¹⁹».

Il 29 giugno 2000 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato la direttiva n. 35 del 2000 volta a contrastare i pagamenti tardivi nelle transazioni commerciali²⁰, al fine di stimolare gli Stati membri ad assicurare – senza pregiudizio per le disposizioni contenute nella Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecutività delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale – che i creditori con sede nella Comunità europea potessero ottenere un titolo che potesse essere reso esecutivo, a prescindere dall'ammontare del debito, normalmente entro 90 giorni dalla presentazione del ricorso o della domanda del debitore presso il tribunale o altre autorità competenti, sempre che il debito o aspetti del procedimento non fossero contestati²¹. Questa direttiva potrebbe essere considerata il primo vero passo verso l'istituzione di una procedura europea effettiva ed efficiente per il recupero di crediti non contestati²².

¹⁷ Le conclusioni della presidenza di tale incontro possono essere trovate nel sito http://www.europa.eu.int/european_council/conclusions/index_it.htm

¹⁸ Conclusioni della presidenza, *loc. cit.*, punto 37.

¹⁹ Conclusioni della presidenza, *loc. ult. cit.*, punti 30 e 38.

²⁰ Da adottare negli Stati membri prima dell'8 agosto 2002. L'Italia diede attuazione alla direttiva con la legge n. 231 del 9 ottobre 2002, in *Guri* n. 249 del 23 ottobre 2002.

²¹ Per un confronto fra le disposizioni contenute nella direttiva n. 35/2000 e nel Regolamento n. 44/2001 vedasi DE CESARI, *L'esecuzione delle decisioni civili straniere*, *cit. supra*, nota 2, p. 293 ss.

²² BOSCHIERO, *The forthcoming European Enforcement Order. Towards a European Law-Enforcement Area*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 406.

Il 30 novembre 2000 il Consiglio dell'Unione europea ha statuito che «la rapida riscossione di pagamenti arretrati costituisce una assoluta necessità per l'attività imprenditoriale ed è una costante preoccupazione per i settori economici, l'interesse dei quali è legato al corretto funzionamento del mercato interno», adottando un programma di misure volte all'implementazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale che includeva, in una prima fase, la istituzione di un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati^{23 24}.

5. Il Regolamento. Scopo e finalità

Il 21 aprile 2004, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato il Regolamento n. 805 del 2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (da qui in poi «Regolamento») interamente vincolante e direttamente applicabile negli Stati membri²⁵. Il Regolamento, formato da 32 articoli e 5 allegati, in vigore dal 21 gennaio 2005, sarà applicabile dal 21 ottobre 2005²⁶ solo alle decisioni giudiziarie, alle transazioni giudiziarie approvate o concluse e ai documenti che siano stati formalmente redatti o registrati come atti pubblici successivamente alla sua entrata in vigore.

Il Regolamento trova fondamento nel principio, già espresso nel Regolamento n. 44/2001²⁷, della mutua fiducia nell'amministrazione della giustizia

²³ Con riferimento ai crediti non contestati, si veda il par. n. 3 del progetto di programma di misure per l'implementazione del principio di mutuo riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale. Tale progetto di programma è pubblicato in *Guce* n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss. ed è reperibile al seguente indirizzo internet: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/it/oj/dat/2001/c_012/c_01220010115it00010009.pdf.

²⁴ Libro verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, *cit. supra*, nota 14, stabiliva che «L'abolizione dell'*exequatur* per crediti non contestati dovrebbe figurare fra le priorità comunitarie. La sostanza del concetto di "credito non contestato" sarà specificata quando i limiti degli strumenti predisposti in applicazione del programma saranno definiti. Attualmente, quel concetto copre situazioni in cui un creditore, verificata l'assenza di contestazioni da parte del debitore della natura e dell'ammontare del debito, ha ottenuto un titolo esecutivo contro il debitore. Il fatto che un procedimento di *exequatur* possa ritardare l'esecuzione delle decisioni giudiziarie riguardanti i crediti non contestati è una contraddizione in termini. È pienamente giustificato che quest'area sia la prima in cui l'*exequatur* debba essere abolito. Il rapido recupero di somme di danaro non pagate è una necessità fondamentale per il commercio ed è una preoccupazione costante per i settori economici il cui interesse è legato ad un corretto funzionamento del mercato internazionale».

²⁵ Nel Regolamento, il termine «Stato membro» significa Stato membro dell'Unione europea, con la sola eccezione della Danimarca.

²⁶ Gli artt. 30-31-32, peraltro, trovano applicazione dal 21 gennaio 2005. Così come per il Regolamento del Consiglio n. 44/2001, e in conformità con l'art. 3 del Protocollo sulla posizione della Danimarca annesso al Trattato sull'Unione europea e al Trattato istitutivo della Comunità europea, la Danimarca non ha preso parte all'adozione del Regolamento e, di conseguenza, non è vincolata dalla stessa e neppure sottoposta alla sua applicazione.

²⁷ Questo principio è descritto nei *considerando* 16 e 17 del Regolamento n. 44/2001. Secondo DE CRISTOFORO, *Presupposti e rimedi per il provvedimento che sospende l'exequatur o il riconoscimento di sentenza comunitaria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 764 questo principio potreb-

nell'ambito della Comunità europea, in virtù del quale la procedura per rendere esecutiva in uno Stato membro una decisione giudiziaria pronunciata in un altro Stato deve essere efficiente e rapida; e mirare a consentire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici in ogni parte degli Stati membri senza necessità di instaurare, negli Stati membri dell'esecuzione, procedimenti intermedi prima del riconoscimento e dell'esecuzione delle suddette decisioni.

Il Regolamento è volto a promuovere i diritti fondamentali della persona sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000, con particolare riguardo al diritto ad un equo processo riconosciuto dall'art. 47²⁸. I procedimenti che conducono alla pronuncia di una sentenza, di conseguenza, devono quantomeno assicurare che il debitore sia informato dell'azione giudiziaria intrapresa nei suoi confronti dinanzi al Tribunale, dei requisiti per un attivo intervento nei procedimenti al fine di contestare le istanze sollevate nei suoi confronti, e delle conseguenze a cui andrebbe incontro qualora non intervenisse nei procedimenti nel tempo necessario e in alcuni casi mettendolo nella condizione di predisporre la propria difesa.

6. Ambito di applicazione

Il Regolamento trova applicazione in ambito civile e commerciale²⁹, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Non trova, invece, applicazione in materia fiscale, doganale o amministrativa, o di responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta jure imperii*).

Sono, altresì, esclusi dal campo di applicazione del Regolamento lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni; i fallimenti, i concordati e le procedure affini; la sicurezza sociale; l'arbitrato³⁰.

Il Regolamento si applica alle decisioni giudiziarie, alle transazioni ed agli atti pubblici relativi ai crediti non contestati; alle decisioni e alle transa-

be, comunque, essere già rinvenuto nella Convenzione di Bruxelles, come confermato dalla sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-183/90, *Van Dalssen c. Van Loon*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4743.

²⁸ I rapporti fra i procedimenti civili e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono descritti, fra gli altri, da TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il processo civile*, in AA. VV., *Le discipline comunitarie*, cit. supra, nota 9, p. 23 ss.

²⁹ Per la nozione di «materia civile e commerciale» si veda la sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1976 in causa n. 29/76, *LTU c. Eurocontrol*, in *Raccolta*, 1976, p. 1541.

³⁰ L'ambito di applicazione del Regolamento, fatto salvo quanto meglio specificato nella successiva nota 31, è sostanzialmente lo stesso del Regolamento n. 44/2001.

zioni giudiziarie; nonché agli atti pubblici relativi a crediti non contestati *certificati come titoli esecutivi europei*.

Il Regolamento definisce «decisione giudiziaria»: qualsiasi decisione emessa da un giudice di uno Stato membro³¹, quale ad esempio decreto, ordinanza, sentenza o mandato di esecuzione nonché la determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere³²; «transazione giudiziaria»: qualsiasi transazione riguardante un credito approvata o conclusa dal Tribunale nel corso del procedimento ed eseguibile nello Stato membro in cui è stata approvata o conclusa; «atto pubblico»: qualsiasi documento formalmente redatto o registrato come atto pubblico e la cui autenticità: riguardi la firma e il contenuto dell'atto; e sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a ciò autorizzata dallo Stato membro di origine; qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentare conclusa davanti alle autorità amministrative o da queste autenticata.

La nozione di «credito non contestato» ricomprende «tutte le situazioni in cui un creditore, tenuto conto dell'assenza *accertata* di contestazioni da parte del debitore in ordine alla natura o all'entità del debito, ha ottenuto o una decisione giudiziaria contro quel debitore o un documento avente efficacia esecutiva che richieda l'esplicito consenso del debitore stesso, sia esso una transazione giudiziaria o un atto pubblico»³³.

³¹ A tale proposito, CONSALVI, in *La proposta di Regolamento (Ce) che istituisce il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in www.judicium.it, ha osservato che «la CGCE ha coerentemente dedotto la comprensione all'interno della nozione di "decisione giudiziaria" – oltre naturalmente alle decisioni nazionali in forma di sentenza – dei provvedimenti cautelari (particolarmente frequenti nelle cause transfrontaliere, come sottolineato dalla dottrina, sequestri giudiziari e conservativi, provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., *Arrest* ed *einstweilige Verfügungen* tedeschi, *interlocutory injunctions*, *Mareva injunctions* ed *Anton Pillar Order* inglesi, dei provvedimenti emanati nell'ambito di procedimenti monitori sia di tipo puro (disciplinati in Finlandia, Germania, Svezia, Portogallo, Italia; tra i più rilevanti si ricordano il *Mahnverfahren* tedesco ed il decreto ingiuntivo italiano di cui all'art. 633, c. 1, nn. 2, 3 cp.c.) che documentale (presenti in Belgio, Francia, Austria, Grecia, Lussemburgo, Italia e Spagna; tra di essi si ricordano l'*injonction de payer* francese e belga, il *Mandatsverfahren* austriaco, il decreto ingiuntivo e art. 633, c. 1, n. 1 (c.p.c.) nonché infine dei provvedimenti sommari (in Italia tipicamente le ordinanze anticipate ex artt. 186 *bis*, 186 *ter*, 186 *quater*, 423 c.p.c. nonché l'ordinanza ex art 19 dlgo n. 5/03; particolare rilevanza, a seguito di alcune pronunce della CGCE, hanno acquisito in ambito comunitario il *kort geding* olandese ed il *référé-provision* francese)».

³² Questa definizione, che conferma quella fornita dal Regolamento n. 44/2001, dovrebbe comprendere anche il "decreto ingiuntivo" nei termini di legge come espressamente confermato da STEIN nel convegno su: «*Il titolo esecutivo europeo e le problematiche di coordinamento con la normativa processuale civilistica interna e con il diritto processuale internazionale*», svoltosi a Roma il 17 novembre 2001, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura n. 125/2002, p. 67. Questa interpretazione è inoltre confermata da OLIVIERI, *Problematiche processual-civilistiche poste dal progetto di Regolamento*, *ivi*, p. 45-46.

³³ Considerando n. 5 del Regolamento. Il corsivo è aggiunto.

Pertanto il Regolamento in esame trova applicazione con riferimento a crediti:

1. aventi ad oggetto il pagamento di una specifica somma di denaro divenuta esigibile o la cui data di esigibilità sia indicata nella decisione giudiziaria, nella transazione giudiziaria o nell'atto pubblico³⁴;

2. considerati non contestati. Circostanza che si verifica tutte le volte in cui il debitore: *a.* non ha contestato il credito mediante una dichiarazione espressa o una transazione approvata da un giudice o conclusa dinanzi ad un giudice nel corso di un procedimento giudiziario; oppure *b.* non ha mai contestato il credito nel corso di un procedimento giudiziario³⁵, in conformità ai requisiti processuali più rilevanti previsti dalla legislazione dello Stato membro di origine³⁶; oppure *c.* non è comparso o non si è fatto rappresentare in un'udienza relativa a un determinato credito pur avendo contestato inizialmente il credito stesso nel corso del procedimento, sempre che tale comportamento equivalga a un'ammissione tacita del credito o dei fatti allegati dal creditore secondo la legge dello Stato membro di origine; oppure *d.* il debitore ha espressamente riconosciuto il credito in un atto pubblico.

7. Abolizione dell'*exequatur*

Le decisioni giudiziarie, le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici certificati come titoli esecutivi europei attraverso il rilascio di appropriati certificati nello Stato membro di origine³⁷, sono riconosciuti e possono essere eseguiti negli Stati membri di esecuzione senza la necessità di una dichiarazione di esecutività da parte dell'autorità giudiziaria del luogo d'esecuzione³⁸.

³⁴ L'ambito di applicazione del Regolamento n. 805/2004 è, conseguentemente, più ristretto rispetto a quello del Regolamento n. 44/2001 il quale si applica all'esecuzione delle decisioni giudiziarie aventi carattere pecuniario, come pure ad altre decisioni giudiziarie, come quelle relative al recupero delle merci, alle ingiunzioni o specifici adempimenti. La ragione della restrizione all'interno del Regolamento trova fondamento anzitutto nella limitata rilevanza dell'ordine di adempimento nelle controversie civili; e, in secondo luogo, nella difficoltà di avere un modello da presentare per la certificazione, in quanto queste obbligazioni richiedono una precisa descrizione che potrebbe non essere limitata alla mera indicazione di una domanda pecuniaria in euro o in altre valute. Contro l'esclusione dell'ordine di adempimento dall'ambito di applicazione del Regolamento, si veda, sia pure con riguardo ai lavori preliminari, BOSCHIERO, *The forthcoming European Enforcement Order*, cit. supra, nota 22, p. 415.

³⁵ Si veda l'art. 7 del Regolamento.

³⁶ Coerentemente a quanto stabilito dall'art. 4, ai fini del Regolamento, per «Stato membro di origine» deve intendersi lo Stato membro in cui la decisione giudiziaria è stata pronunciata, la transazione giudiziaria è stata approvata o conclusa o l'atto pubblico è stato redatto o registrato, ed è certificato come titolo esecutivo europeo; «Stato membro di esecuzione»: lo Stato membro in cui si domanda l'esecuzione della decisione, della transazione giudiziaria o degli atti pubblici certificati come titoli esecutivi.

³⁷ Secondo gli artt. 24.3 e 25.3 del Regolamento, questa previsione non si applica alle transazioni giudiziarie ed agli atti pubblici.

³⁸ Non dovrà, pertanto, richiedersi la registrazione prima dell'esecuzione nello Stato membro

Il creditore potrà, comunque, optare per il riconoscimento e l'esecuzione del titolo esecutivo ottenuto secondo quanto previsto dal Regolamento n. 44/2001 o da altri atti comunitari³⁹.

La parte nei cui confronti è chiesta l'esecuzione non è legittimata presentare richieste avverso il rilascio del titolo esecutivo europeo a questo punto del procedimento; non può proporre appello contro il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo⁴⁰, una volta che il certificato sia stato rilasciato⁴¹.

8. Requisiti per la certificazione come titolo esecutivo europeo

Il giudice⁴² dello Stato membro di origine competente per i procedimenti promossi dal titolare di un credito non contestato, su istanza presentata in qualunque momento, può certificare come titolo esecutivo europeo una decisione giudiziaria relativa al credito non contestato⁴³ pronunciata in uno Stato membro se⁴⁴:

di esecuzione. Tale circostanza rende l'esecutorietà diversa, per esempio, dalla disciplina contenuta nello statunitense *Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act* del 1964. Si veda in tal senso DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l ius*, 2004, p. 141.

³⁹ Il Regolamento, inoltre, non avrà alcun impatto sull'applicazione del Regolamento (Ce) n. 1348/2000. In virtù di quanto previsto dall'art. 22, il Regolamento lascia impregiudicati gli accordi anteriori all'entrata in vigore del Regolamento (Ce) n. 44/2001 con i quali gli Stati membri si siano impegnati, ai sensi dell'art. 59 della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale, a non riconoscere una decisione emessa, in particolare in un altro Stato contraente della Convenzione, contro un convenuto che aveva il proprio domicilio o la propria residenza abituale in un Paese terzo, qualora la decisione sia stata fondata, in un caso previsto dall'art. 4 della Convenzione, soltanto sulle norme in materia di competenza di cui all'art. 3, secondo comma, della Convenzione stessa.

⁴⁰ Comunque il Regolamento può essere rettificato o revocato, secondo l'art. 10.1 del Regolamento.

⁴¹ Questo rende il certificato di titolo esecutivo europeo diverso dalle decisioni sull'applicazione della dichiarazione di esecutività secondo quanto stabilito dall'art. 43 del Regolamento del Consiglio (Ce) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000. Nonostante l'assenza di un appello, secondo alcuni autori (si veda il discorso di STEIN in *Il titolo esecutivo europeo*, cit. supra, nota 32, p. 68) questa previsione è conforme ai requisiti dell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la quale richiede solo che ognuno sia garantito da un giudizio equo e pubblico che si svolga in tempi ragionevoli e davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale istituito dalla legge. Alcune preoccupazioni per la mancanza di un appello, sono sollevate da DE CRISTOFORO, *Presupposti e rimedi per il provvedimento che sospende l'exequatur*, cit. supra, nota 27, p. 148.

⁴² In Svezia, nei procedimenti sommari riguardanti gli ordini di pagamento (*betalningsforelaggande*), il termine «giudice» comprende l'autorità pubblica svedese per l'esecuzione forzata (*kronofogdemyndighet*).

⁴³ La citata previsione, contenuta nell'art. 6.1 del Regolamento, non si applica alle transazioni giudiziarie ed agli atti pubblici.

⁴⁴ Ai fini del rilascio del titolo esecutivo europeo il Regolamento non dà alcun rilievo ad eventuali: *a.* norme di ordine pubblico dello Stato membro di esecuzione contrastanti con quello dello Stato membro di origine; *b.* decisioni giudiziarie pronunciate in una controversia fra le stesse parti nello Stato membro di esecuzione; come pure *c.* decisioni giudiziarie aventi il medesimo oggetto e pronunciata fra le stesse parti anteriormente in uno Stato membro o in uno Stato terzo. Su tali

a. la decisione *a.* è esecutiva nello Stato membro di origine; *b.* non è in conflitto con le norme in materia di competenza giurisdizionale di cui al capo II, sezione 3 e 6 del Regolamento (Ce) n. 44/2001⁴⁵; e *c.* è pronunciata nello Stato membro del domicilio del debitore⁴⁶, allorché *c.1* il credito sia considerato non contestato ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. *b.* o *c.*; e *c.2* si riferisca ad un contratto concluso da una persona, il consumatore, per una finalità che può essere considerata estranea al suo mestiere o alla sua professione; ed il debitore sia il consumatore⁴⁷;

b. il procedimento giudiziario svoltosi nello Stato membro di origine si sia svolto nel rispetto dei requisiti di cui al capo III, allorché un credito è considerato non contestato ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. *b.* o *c.* del Regolamento.

Ove solo alcune parti della decisione giudiziaria siano conformi ai requisiti del Regolamento, potrà essere rilasciato per tali parti un certificato di titolo esecutivo europeo parziale⁴⁸.

Il certificato di titolo esecutivo europeo ha effetto soltanto nei limiti dell'esecutività della decisione giudiziaria⁴⁹.

9. Norme minime per i procedimenti relativi ai crediti non contestati

Affinché una decisione giudiziaria relativa ad un credito non contestato, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. *b.* o *c.* del Regolamento, possa essere certificata come titolo esecutivo europeo, il Regolamento richiede che il procedimento giudiziario svoltosi nello Stato membro di origine (con riferimento alla domanda giudiziale od atto equivalente, ivi compresa la citazione a comparire in udienza) sia avvenuto nel rispetto dei seguenti requisiti procedurali:

a. notificazione della decisione giudiziaria al debitore o al suo legale rappresentante, con o senza prova del ricevimento della stessa da parte del debitore o del suo legale rappresentante, in conformità alle forme di notificazione previste dagli artt. 13 e 14 del Regolamento, caratterizzate dalla piena certez-

questioni si veda CAMPEIS - DE PAULI, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo*, in www.judicium.it.

⁴⁵ La sezione III si riferisce alla giurisdizione in materia di assicurazione; la sezione VI stabilisce la giurisdizione esclusiva per specifiche materie.

⁴⁶ Secondo l'art. 59 del Regolamento n. 44/2001, espressamente richiamato, al fine di stabilire se una parte è domiciliata in uno Stato membro, i cui Tribunali sono competenti per quella materia, il tribunale applica la sua legge interna. Se, invece, la parte non è domiciliata nello Stato membro, la Corte competente per quella materia, al fine di determinare se la parte è domiciliata in un altro Stato, applicherà la legge dell'altro Stato.

⁴⁷ Questa norma conferma la protezione dei consumatori, garantita da numerose leggi e regolamenti del Consiglio europeo a partire dal 1990.

⁴⁸ Art. 9 del Regolamento.

⁴⁹ Art. 11 del Regolamento.

za (art. 13) e da un'effettiva probabilità (art. 14) che il documento notificato abbia raggiunto l'indirizzo del debitore⁵⁰;

b. comunicazione al debitore delle informazioni relative al credito. A tal fine, nella domanda giudiziale o nell'atto equivalente devono essere stati indicati: *a.* il nome e l'indirizzo delle parti; *b.* l'importo del credito; *c.* se è richiesto il pagamento degli interessi, il tasso di interesse ed il periodo per il quale sono richiesti, salvo che la legislazione dello Stato membro di origine preveda un interesse legale che si aggiunga automaticamente al capitale; *d.* una dichiarazione riguardante le motivazioni della domanda;

c. informazioni al debitore relative agli adempimenti procedurali necessari per contestare il credito, tra i quali, in particolare: il termine per contestare il credito per iscritto o, se del caso, quello fissato per l'udienza; il nome e l'indirizzo dell'istituzione alla quale, a seconda dei casi, deve essere data una risposta o dinanzi alla quale si richiede di comparire e se vi sia l'obbligo di essere rappresentati da un avvocato; le conseguenze della mancanza di un'eccezione o della mancata comparizione (come, ad esempio, la possibilità che sia pronunciata o resa esecutiva una decisione giudiziaria contro il debitore e la responsabilità per il pagamento delle spese connesse al procedimento giudiziario).

Gli stessi requisiti si applicano al rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo o di un certificato sostitutivo relativo ad una decisione successiva all'impugnazione di un'altra decisione giudiziaria se, al momento della pronuncia di detta decisione, ricorrano le condizioni di cui all'art. 3 (1) *b.* o *c.* del Regolamento.

Una decisione giudiziaria è certificata come titolo esecutivo europeo solo se il debitore, conformemente alla legislazione dello Stato membro di origine, sia legittimato a chiedere il riesame della decisione nel caso in cui: *a. i.* la domanda giudiziale o un atto equivalente o, se del caso, la citazione a comparire in udienza siano stati notificati secondo una delle forme previste dall'art. 14; e *ii.* la notificazione non sia stata effettuata in tempo utile a consentire al debitore di presentare le proprie difese, per ragioni al medesimo non imputabili; oppure *b.* il debitore non abbia avuto la possibilità di contestare il credito a causa di situazioni di forza maggiore o di circostanze eccezionali per ragioni al medesimo non imputabili, purché in entrambi i casi agisca tempestivamente. Questa previsione non pregiudica la possibilità dello Stato membro di

⁵⁰ Secondo il *Lord Chancellor's Department, Scottish Executive Justice Department* sul Progetto per un titolo esecutivo europeo in data 17 maggio 2002 il requisito di cui all'art. 11.1.a. è più oneroso della notificazione a mezzo del servizio postale celere oppure a mezzo raccomandata, abituale mezzo di notificazione in Gran Bretagna, perché richiede che il ricevimento del documento notificato a mezzo posta debba essere sottoscritto e ricevuto dal debitore. Nonostante questa osservazione – formulata prima dell'approvazione del Regolamento – l'art. 13.1.c. del testo finale del Regolamento conferma il contenuto dell'art. 11.1.a. sopra menzionato. Dubbi relativi alla notificazione con riferimento all'art. 14.1, lett. *c.* del Regolamento – in quanto lo stesso non fornisce alcuna certezza che il documento notificato raggiunga l'indirizzo del debitore – sono sollevati da CAMPEIS - DE PAULI, *Prime riflessioni*, cit. *supra*, nota 44, p. 10.

origine di consentire l'accesso al riesame di una decisione giudiziaria a condizioni più vantaggiose.

10. Formalità del certificato di titolo esecutivo europeo. Certificati speciali. Rettifica o revoca

Il certificato di titolo esecutivo europeo è rilasciato utilizzando il modello contenuto nell'allegato I del Regolamento⁵¹, nella lingua della decisione giudiziaria⁵².

L'utilizzo di questo modello – come di altri allegati al Regolamento – evita ritardi procedurali e costi di traduzione⁵³, consentendo una esecuzione più facile; salva, in ogni caso, l'ipotesi in cui il giudice dello Stato membro di origine ritenga necessarie ulteriori spiegazioni scritte⁵⁴.

Qualora una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo abbia cessato di essere esecutiva o la sua esecutività sia stata sospesa o limitata, il giudice dello Stato membro di origine, su istanza presentata in qualunque momento, rilascia un certificato che indica la mancanza o la limitata esecutività dello stesso.

Senza pregiudizio dell'esecutività ed in ottemperanza alle norme contenute nel Regolamento, in caso di accoglimento dell'impugnazione proposta avverso la decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo, potrà essere emesso un certificato sostitutivo del certificato di titolo esecutivo europeo originario⁵⁵.

Il certificato di titolo esecutivo europeo, su istanza presentata al giudice dello Stato membro di origine può essere rettificato, se a causa di un errore materiale vi sia divergenza tra la decisione giudiziaria ed il certificato. Il certificato può, inoltre, essere revocato, se risulti manifestamente concesso per

⁵¹ Questa previsione non si applica alle transazioni giudiziarie oppure agli atti pubblici.

⁵² Ogni Stato membro notifica alla Commissione: *a.* le procedure per la rettifica e la revoca previste nell'art. 10.2 e per il riesame come previsto nell'art. 19.1; *b.* una delle lingue previste dall'art. 20.2.c.; *c.* la lista delle autorità in conformità all'art. 25; e qualsiasi modifica successiva di queste. Con riguardo ai problemi collegati alla mancanza di una lingua comune all'interno dell'Unione europea, quando si discute in materia di regolamenti oppure direttive e della loro interpretazione si veda TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*; 2003, p. 321-322; CAMPANA, *Vers un langage juridique commun en Europe?* in AA. VV., *Il Codice civile europeo, Quaderni di Rassegna forense*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 189 ss. Si veda, inoltre, la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999.

⁵³ Si veda il parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Proposta di Regolamento del Consiglio istituente un titolo giuridico europeo per i crediti non contestati, pronunciato in data 20 dicembre 2002, in www.europea.eu.int, Com (2002) 746 final.

⁵⁴ La proposta di regolamento del Consiglio istituente un titolo esecutivo europeo per crediti non contestati, rilasciata il 18 aprile 2002, in www.europea.eu.int, Com (2002) 159 final.

⁵⁵ Art. 12, par. 2 del Regolamento.

errore, tenuto conto dei requisiti stabiliti nel presente Regolamento. In materia di rettifica e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo troverà applicazione la legge dello Stato membro d'origine. La relativa richiesta potrà presentata utilizzando il modello di cui all'allegato VI al Regolamento.

Il Regolamento non si applica ove sia possibile proporre appello contro la decisione che rigetta l'istanza per il rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo. Impugnazioni contro la sopra menzionata decisione possono essere proposte ove previste dalla legge dello Stato membro in cui l'istanza per il rilascio del certificato di titolo esecutivo è stata presentata⁵⁶.

11. Vantaggi nei procedimenti degli Stati membri nel conformarsi alle norme minime processuali

Il Regolamento non impone agli Stati membri di adattare la loro legislazione nazionale alle norme minime procedurali sopra menzionate⁵⁷. Ciononostante, una maggiore efficienza e una più rapida esecutività delle decisioni giudiziarie negli Stati sarà possibile solo se i procedimenti negli Stati membri di origine si conformeranno alle suddette norme minime procedurali. La mancata ottemperanza a tali norme sarà ovviata e la decisione giudiziaria verrà certificata come titolo esecutivo europeo solo ove: *a.* la decisione giudiziaria sia stata notificata al debitore in conformità ai requisiti previsti dagli artt. 13 o 14; e *b.* fosse possibile per il debitore impugnare la decisione giudiziaria mediante un esame completo ed il debitore sia stato informato in tempo utile dei requisiti procedurali dell'impugnazione, incluso il nome e l'indirizzo dell'istituzione dinanzi alla quale presentare l'impugnazione medesima ed il termine di decadenza; e *c.* il debitore non abbia impugnato la decisione giudiziaria in conformità ai rilevanti requisiti procedurali.

Un'eventuale difformità dei procedimenti di notificazione negli Stati membri di origine rispetto ai requisiti procedurali previsti sul punto dagli artt. 13 e 14 potrà essere accettata a condizione che sia provato, desumendolo dalla condotta del debitore nel procedimento giudiziario, che questi abbia perso-

⁵⁶ La possibilità di impugnare la decisione che rigetta l'istanza per il rilascio di titolo esecutivo europeo secondo le procedure previste dalla *lex fori* è stata proposta sia dal Parlamento europeo che dalla Commissione secondo quanto affermato da CONSALVI, in *La proposta di regolamento (Ce) che istituisce il titolo esecutivo europeo*, cit. supra, nota 31. In Italia troveranno applicazione gli artt. 737 ss. c.p.c. Pertanto, colui che chiede la certificazione di titolo esecutivo europeo potrà presentare un reclamo contro il decreto che rigetta l'istanza volta ad ottenere la suddetta certificazione, secondo quanto previsto dall'art. 739 c.p.c. italiano, secondo quanto affermato da CAMPEIS-DE PAULI, *Prime riflessioni*, cit. supra, nota 44, p. 9.

⁵⁷ Su questa tematica si veda il discorso di STEIN, in *Il titolo esecutivo europeo*, cit. supra, nota 32, p. 62.

nalmente ricevuto, in tempo utile, il documento necessario per predisporre la sua difesa.

Alla luce delle osservazioni che precedono, appare consigliabile che i ricorrenti negli Stati membri di origine facciano attenzione a queste norme prima di iniziare qualunque procedura esecutiva di recupero del credito nei confronti di un debitore di uno Stato membro diverso da quello del creditore e predispongano istanze conformi ai ricordati modelli, nonostante le eventuali differenti previsioni di legge dello Stato membro di origine⁵⁸.

In ogni caso, ove non possa trovare applicazione il Regolamento in oggetto per mancanza dei requisiti minimi procedurali, il ricorrente potrà sempre ottenere l'*exequatur* secondo la procedura stabilita dal Regolamento n. 44/2001.

12. Esecuzione

Il Regolamento dispone che i procedimenti di esecuzione siano disciplinati dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione. Di conseguenza, una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo sarà eseguita alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro di esecuzione⁵⁹.

Il creditore è tenuto, a tal fine, a fornire alle autorità competenti nello Stato membro di esecuzione: *a.* una copia della decisione che presenti le condizioni di autenticità prescritte; *b.* una copia del certificato di titolo esecutivo europeo che presenti le condizioni di autenticità prescritte; e *c.* se del caso, una trascrizione del certificato di titolo esecutivo europeo nella lingua ufficiale dello Stato membro di esecuzione, oppure, ove tale Stato abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui viene chiesta l'esecuzione, conformemente al diritto dello Stato membro in questione, o in un'altra lingua che lo Stato membro dell'esecuzione abbia dichiarato di accettare. Ciascuno Stato membro può indicare la lingua o le lingue ufficiali delle Istituzioni della Comunità europea, diversa o diverse dalla sua o dalle sue, nelle quali ammette la compilazione

⁵⁸ Ad esempio, in Italia il ricorso per decreto ingiuntivo (secondo l'art. 639 c.p.c. italiano) include, oltre ai requisiti previsti dall'art. 125 c.p.c. italiano, quelli non contenuti ed indicati negli artt. 16 e 17 del Regolamento, come il tasso d'interesse e la previsione a favore del debitore delle dovute informazioni sui passaggi procedurali necessari per proporre opposizione al ricorso (informazioni che devono essere immediatamente incluse nel decreto, a norma dell'art. 641 del c.p.c. italiano, e non nel ricorso).

⁵⁹ In Italia si deve considerare se, in aggiunta al certificato di titolo esecutivo europeo la decisione giudiziaria straniera richieda la formula esecutiva che il titolo esecutivo nazionale richiede per essere esecutivo, secondo l'art. 475 c.p.c. italiano. Contro la necessità di apporre la formula esecutiva sui titoli in Italia, una volta che il titolo esecutivo europeo sia stato rilasciato, si veda CAMPEIS - DE PAULI, *Prime riflessioni*, cit. *supra*, nota 44, p. 9.

del certificato. La traduzione dovrà essere autenticata da una persona a tal fine abilitata in uno degli Stati membri.

Alla parte che in uno Stato membro chieda l'esecuzione di una decisione certificata come titolo esecutivo europeo in un altro Stato membro non possono essere richiesti cauzioni, garanzie o depositi, comunque denominati, a causa della qualità di straniero/straniera o per difetto di domicilio o residenza nello Stato membro dell'esecuzione.

Il debitore potrà opporsi, mediante ricorso al giudice competente dello Stato membro di esecuzione, secondo le norme ivi applicabili⁶⁰, ove la decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo sia incompatibile con una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro o in un Paese terzo, a condizione che la stessa: *a.* riguardi una causa avente lo stesso oggetto e le stesse parti, e *b.* sia stata pronunciata nello Stato membro di esecuzione o soddisfi le condizioni necessarie per il suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione; e, inoltre, *c.* il debitore non abbia fatto valere e non abbia avuto la possibilità di farne valere l'incompatibilità nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine.

In nessun caso la decisione giudiziaria o la sua certificazione come titolo esecutivo europeo potrà formare oggetto di un riesame nel merito nello Stato membro di esecuzione.

Se il debitore ha impugnato una decisione giudiziaria certificata titolo esecutivo europeo, o ha chiesto la rettifica o la revoca di un certificato di titolo esecutivo europeo, il giudice o l'autorità competente dello Stato membro di esecuzione potrà, su istanza del debitore, limitare il procedimento dell'esecuzione ai provvedimenti conservativi⁶¹; subordinare l'esecuzione alla costituzione di una cauzione, determinandone l'importo, o in circostanze eccezionali, sospendere il procedimento di esecuzione⁶².

Le previsioni riguardanti l'esecuzione previste dagli artt. 20 ss. – ad eccezione degli artt. 21.1 e 22 del Regolamento – non si applicano alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici.

⁶⁰ In Italia queste norme sono quelle previste dagli artt. 615 ss. c.p.c. italiano. Conforme a questa interpretazione si veda OLIVIERI, *Problematiche processual-civilistiche*, cit. *supra*, nota 32, p. 44, che afferma che, così come l'art. 19 del Regolamento prevede le norme minime per il riesame in casi eccezionali, anche i requisiti minimi richiesti dalle leggi di ogni Stato membro per l'opposizione al decreto ingiuntivo trovano applicazione. Su tale questione, successivamente all'approvazione del Regolamento, si veda CAMPEIS - DE PAULI, *Prime riflessioni*, cit. *supra*, nota 44.

⁶¹ Secondo BOSCHIERO, *The forthcoming European Enforcement Order*, cit. *supra*, nota 22, p. 422-423, il giudice assumerà la decisione valutando le possibilità di successo dell'azione intrapresa dal debitore, come pure la probabilità di danni irreparabili causati da un'esecuzione incondizionata.

⁶² Questa norma è simile a quella prevista dall'art. 624 c.p.c. italiano riguardante la sospensione dei procedimenti di esecuzione in presenza di particolari circostanze, quando è stata presentata opposizione all'esecuzione. Si veda OLIVIERI, *loc. cit.*, p. 45.

13. Transazioni giudiziarie

Le transazioni aventi ad oggetto crediti ai sensi dell'art. 4, par. 2, approvate⁶³ o concluse dinanzi al giudice nel corso di un procedimento giudiziario⁶⁴ ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine in cui sono state approvate o concluse, su richiesta presentata al giudice che le ha approvate o dinanzi al quale sono state concluse, possono essere certificate come titoli esecutivi europei utilizzando il modello riportato nell'allegato II al Regolamento.

Le transazioni certificate come titoli esecutivi europei nello Stato membro di origine possono essere eseguite negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi alla loro esecutività⁶⁵, in considerazione della garanzia data dalla partecipazione del giudice ai procedimenti che si concludono con la transazione.

14. Atti pubblici

Gli atti pubblici aventi ad oggetto crediti ai sensi dell'art. 4 par. 2, dotati di efficacia esecutiva nello Stato membro di origine, su richiesta presentata all'autorità designata dallo Stato membro di origine, sono certificati come titoli esecutivi europei utilizzando il modello riportato nell'allegato III al Regolamento.

Un atto certificato come titolo esecutivo europeo nello Stato membro di origine è eseguito negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi alla sua esecuzione.

Questa norma evita la partecipazione dell'autorità giudiziaria. Appare, pertanto, evidente il pericolo di ritardi in quanto – contrariamente agli altri titoli esecutivi previsti dal Regolamento – nessun giudice viene mai coinvolto nella formazione di un atto pubblico⁶⁶.

⁶³ In Italia questo è il caso: delle transazioni concluse davanti al Giudice di Pace secondo quanto previsto dall'art. 322 c.p.c. italiano; davanti al giudice del lavoro a norma dell'art. 411, comma 2, c.p.c.; davanti al presidente del Tribunale competente in materia societaria, secondo gli artt. 38 e 40 del dlvo n. 5/2003, come modificato dal successivo dlvo n. 37/2004. In tal senso v. CAMPEIS - DE PAULI, *Prime riflessioni, cit. supra*, nota 44.

⁶⁴ Il Regolamento n. 44/2001 fa riferimento esclusivamente alle transazioni giudiziarie concluse davanti al Tribunale.

⁶⁵ Il Regolamento n. 805/2004 non consente al convenuto di sollevare legittimamente l'eccezione di ordine pubblico nello Stato di esecuzione. CAMPEIS - DE PAULI, *Prime riflessioni, loc. cit.*, comunque, ritengono che l'eccezione di ordine pubblico possa essere sollevata se la transazione giudiziaria o l'atto pubblico contengano clausole in contrasto con le norme di diritto sostanziale degli Stati membri di esecuzione, come, in Italia, l'attuale previsione legislativa relativa al pagamento di interessi che si pongono al di sopra del livello di tasso usurario. Sull'eccezione di ordine pubblico nel Regolamento n. 44/2001 si veda LOPEZ-TARRUELLA, *L'ordine pubblico nel sistema del riconoscimento e dell'esecuzione in base alla convenzione di Bruxelles*, in *European Legal Forum*, 2000, (E2-2000/01), p. 122.

⁶⁶ Si veda il *Memorandum* esplicativo della proposta di regolamento, in Com (2002) 159.

15. Osservazioni finali. Verso l'abolizione dell'*exequatur*?

La disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati costituisce, secondo la Commissione europea e il Consiglio dell'Unione europea, un progetto pilota per l'abolizione dell'*exequatur*⁶⁷, volto a garantire un più rapido ed efficiente accesso alle esecuzioni all'estero dei titoli esecutivi, con innegabili benefici ai titolari di crediti non contestati.

Altri progetti con il medesimo obiettivo sono attualmente all'esame della Comunità europea, fra i quali spicca, per importanza, quello relativo alla creazione di un'armonizzata procedura "europea" di recupero dei crediti – che presumibilmente non saranno contestati (c.d. *titolo europeo di pagamento*), siano essi di natura pecuniaria o meno – che richieda l'adempimento delle medesime formalità da parte di tutti gli Stati membri⁶⁸. Detto progetto è finalizzato ad eliminare le differenze esistenti fra le procedure negli Stati membri⁶⁹, onde creare un titolo esecutivo che garantisca celerità nell'esecuzione ogniqualvolta l'obbligazione di pagamento non sia contestata dal debitore e questi, semplicemente, non adempia; nonché una rapida ed effettiva esecuzione dei crediti tanto pecuniari quanto di diversa natura. L'utilizzo generalizzato di simili strumenti, ragionevolmente, renderà la procedura di *exequatur* priva di significato se le decisioni giudiziarie pronunciate saranno conformi alle medesime condizioni adottate in ogni Stato membro⁷⁰. Ulteriore progetto all'esame della Comunità è quello relativo ad una procedura europea, da istituire per limitare il costo delle controversie relative all'esecuzione di crediti aventi ad oggetto piccole somme di denaro, mediante la semplificazione dei procedimenti⁷¹. I vantaggi che scaturirebbero dall'adozione della suddetta procedura per i consumatori e le piccole e medie imprese sono evidenti, se si considera che questi sono spesso ostacolati nell'avvalersi della libertà di mercato, in considerazione del frequente squilibrio fra l'importo delle somme contestate e dei costi legali necessari per intraprendere un'azione giudiziaria;

⁶⁷ Si veda, fra gli altri, le conclusioni dell'incontro dei Ministri di giustizia tenutosi a Stoccolma nei giorni 8 e 9 febbraio 2001.

⁶⁸ *European Order for payment* (Libro verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, *cit. supra*, nota 14).

⁶⁹ Le procedure relative ai titoli di pagamento, adottate dagli Stati membri, che abbiano dimostrato di essere efficaci nell'assicurare un rapido ed economicamente efficiente recupero dei crediti non contestati si basano su diversi modelli che possono essere raggruppati in due categorie principali. Alcune richiedono all'attore di produrre prove scritte a fondamento dell'istanza giudiziaria (il c.d. "*evidence*" model applicabile in Belgio, Francia, Grecia, Italia, Spagna e Lussemburgo); altri Stati aderiscono al "*no-evidence*" model (Austria, Finlandia, Germania, Svezia e Portogallo). Si veda BOSCHIERO, *The forthcoming European Enforcement Order*, *cit. supra*, nota 22, p. 406-407.

⁷⁰ Parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di regolamento (Ce) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, *cit. supra*, nota 1, par. 4.1.4.1.

⁷¹ Inoltre attualmente sono allo studio misure riguardanti l'attivo contabile del debitore, che includono la possibilità di elaborare principi comuni in materia di sequestro del conto corrente e trasparenza dell'attivo contabile.

oppure dall'impossibilità di utilizzare la prestazione di uno studio di diritto internazionale o dalla difficoltà di avvalersi di avvocati in grado di tutelare i loro diritti⁷².

Gli strumenti giuridici ora descritti appaiono idonei a rendere, da un lato, più agevole l'accesso alla giustizia come una giustizia efficiente, soprattutto in controversie transnazionali, eliminando la posizione privilegiata dei debitori di rapporti obbligatori che presentano elementi di estraneità; dall'altro, a sviluppare il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale. Tali considerazioni inducono a ritenere non irragionevole la speranza che anche i ricordati progetti, in tempi possibilmente rapidi, vengano recepiti in un atto comunitario, fornendo un ulteriore e significativo contributo alla realizzazione di un effettivo spazio europeo di giustizia nel quale garantire la libera circolazione delle persone.

Giorgio Corno*

⁷² Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito al «Libro verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità» del 18 giugno 2003, in *Gu-Ue* n. C 220 del 16 settembre 2003, p. 5.

* Avvocato presso il Foro di Monza; *solicitor* (Supreme Court of England and Wales).

**ATTIVITÀ PERICOLOSE E RESPONSABILITÀ AMBIENTALE:
NUOVA DISCIPLINA SULLA PREVENZIONE E SULLA RISARCIBILITÀ
DEL DANNO ALL'AMBIENTE**

Direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*

Il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 175, par. 1,
vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo²,
previa consultazione del Comitato delle regioni,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato³, visto il progetto comune approvato dal comitato di conciliazione il 10 marzo 2004,
considerando quanto segue:

(Omissis)

hanno adottato la presente direttiva:

Articolo 1 - Oggetto

La presente direttiva istituisce un quadro per la responsabilità ambientale, basato sul principio «chi inquina paga», per la prevenzione e la riparazione del danno ambientale.

* In *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 ss. In argomento, v. *infra*, p. 337 ss., il commento di *ANDREA FERRERI*.

¹ *Guce* n. C 151 E del 25 giugno 2001, p. 132.

² *Guce* n. C 241 del 7 ottobre 2002, p. 162.

³ Parere del Parlamento europeo del 14 maggio 2003 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*), posizione comune del Consiglio del 18 settembre 2003 (*Guce* n. C 277 E del 18 novembre 2003, p. 10) e decisione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2003 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*). Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 31 marzo 2004 e decisione del Consiglio del 30 marzo 2004.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva valgono le seguenti definizioni:

1. «danno ambientale»: *a.* danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti, vale a dire qualsiasi danno che produca significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di tali specie e *habitat*. L'entità di tali effetti è da valutare in riferimento alle condizioni originarie, tenendo conto dei criteri enunciati nell'allegato I;

Il danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti non comprende gli effetti negativi preventivamente identificati derivanti da un atto di un operatore espressamente autorizzato dalle autorità competenti, secondo le norme di attuazione dell'art. 6, par. 3 e 4 o dell'art. 16 della direttiva n. 92/43/Cee o dell'art. 9 della direttiva n. 79/409/Cee oppure, in caso di *habitat* o specie non contemplati dal diritto comunitario, secondo le disposizioni della legislazione nazionale sulla conservazione della natura aventi effetto equivalente.

b. danno alle acque, vale a dire qualsiasi danno che incida in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo e/o sul potenziale ecologico delle acque interessate, quali definiti nella direttiva n. 2000/60/Ce, a eccezione degli effetti negativi cui si applica l'art. 4, par. 7 di tale direttiva;

c. danno al terreno, vale a dire qualsiasi contaminazione del terreno che crei un rischio significativo di effetti negativi sulla salute umana a seguito dell'introduzione diretta o indiretta nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nel suolo;

2. «danno»: un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente;

3. «specie e *habitat* naturali protetti»: *a.* le specie menzionate all'art. 4, par. 2 o elencate nell'allegato I della direttiva n. 79/409/Cee o elencate negli allegati II e IV della direttiva n. 92/43/Cee;

b. gli *habitat* delle specie menzionate all'art. 4, par. 2 o elencate nell'allegato I della direttiva n. 79/409/Cee o elencate nell'allegato II della direttiva n. 92/43/Cee, e gli *habitat* naturali elencati nell'allegato I della direttiva n. 92/43/Cee nonché i siti di riproduzione e i luoghi di riposo delle specie elencate nell'allegato IV della direttiva n. 92/43/Cee; e

c. qualora uno Stato membro lo decida, gli *habitat* o le specie non elencati in tali allegati che lo Stato membro designa per fini equivalenti a quelli di tali direttive;

4. «stato di conservazione»: *a.* con riferimento a un *habitat* naturale, l'insieme dei fattori che intervengono su tale *habitat* naturale e sulle sue specie tipiche che possono influenzarne la distribuzione naturale, la struttura e le funzioni a lungo termine, nonché la sopravvivenza a lungo termine delle sue specie tipiche, secondo il caso nel territorio europeo degli Stati membri in cui si applica il Trattato o nel territorio di uno Stato membro o nell'area di detto *habitat*, a seconda dei casi.

Lo stato di conservazione di un *habitat* naturale è considerato «favorevole» quando:

- la sua area naturale e le zone in essa racchiuse sono stabili o in aumento,
- le strutture e le funzioni specifiche necessarie per il suo mantenimento a lungo

termine esistono e continueranno verosimilmente a esistere in un futuro prevedibile, e

- lo stato di conservazione delle sue specie tipiche è favorevole, ai sensi della lett. *b.*;

b. con riferimento a una specie, l'insieme dei fattori che intervengono sulla specie interessata che possono influenzare la distribuzione e l'abbondanza a lungo termine delle sue popolazioni, nel territorio europeo degli Stati membri in cui si applica il Trattato o nel territorio di uno Stato membro o nell'area naturale di detta specie, a seconda dei casi.

Lo stato di conservazione di una specie è considerato «favorevole» quando:

- i dati relativi alla dinamica della popolazione della specie interessata mostrano che essa si sta mantenendo, a lungo termine, come componente vitale dei suoi *habitat* naturali,

- l'area naturale della specie non si sta riducendo né si ridurrà verosimilmente in un futuro prevedibile, e

- esiste, e verosimilmente continuerà a esistere, un *habitat* sufficientemente ampio per mantenere la sua popolazione a lungo termine;

5. «acque»: tutte le acque cui si applica la direttiva n. 2000/60/Ce;

6. «operatore»: qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale oppure, quando la legislazione nazionale lo prevede, a cui è stato delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività o la persona che registra o notifica l'attività medesima;

7. «attività professionale»: qualsiasi attività svolta nel corso di un'attività economica, commerciale o imprenditoriale, indipendentemente dal fatto che abbia carattere pubblico o privato o che persegua o meno fini di lucro;

8. «emissione»: il rilascio nell'ambiente, a seguito dell'attività umana, di sostanze, preparati, organismi o microrganismi;

9. «minaccia imminente di danno»: il rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno ambientale in un futuro prossimo;

10. «misure di prevenzione»: le misure prese per reagire a un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente di danno ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale danno;

11. «misure di riparazione»: qualsiasi azione o combinazione di azioni, tra cui misure di attenuazione o provvisorie dirette a riparare, risanare o sostituire risorse naturali e/o servizi naturali danneggiati, oppure a fornire un'alternativa equivalente a tali risorse o servizi, come previsto nell'allegato II;

12. «risorse naturali»: specie e *habitat* naturali protetti, acqua e terreno;

13. «servizi» e «servizi delle risorse naturali»: le funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico;

14. «condizioni originarie»: le condizioni, al momento del danno, delle risorse naturali e dei servizi che sarebbero esistite se non si fosse verificato il danno ambientale, stimate sulla base delle migliori informazioni disponibili;

15. «ripristino», compreso il «ripristino naturale»: nel caso dell'acqua, delle specie e degli *habitat* naturali protetti, il ritorno delle risorse naturali e/o dei servizi danneggiati alle condizioni originarie e, nel caso di danno al terreno, l'eliminazione di qualsiasi rischio significativo di causare effetti nocivi per la salute umana;

16. «costi»: i costi giustificati dalla necessità di assicurare un'attuazione corretta ed efficace della presente direttiva, compresi i costi per valutare il danno ambientale, una minaccia imminente di tale danno e gli interventi alternativi, le spese amministrative, legali e di applicazione, i costi di raccolta dei dati e altri costi generali, nonché i costi di controllo e sorveglianza.

Articolo 3 - Ambito di applicazione

1. La presente direttiva si applica:

a. al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno a seguito di una di dette attività;

b. al danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti causato da una delle attività professionali non elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno a seguito di una di dette attività, in caso di comportamento doloso o colposo dell'operatore.

2. La presente direttiva si applica fatte salve disposizioni più severe della legislazione comunitaria sull'esercizio di una delle attività che rientrano nel suo ambito di applicazione e fatta salva la normativa comunitaria contenente disposizioni sui conflitti di giurisdizione.

3. Ferma restando la pertinente legislazione nazionale, la presente direttiva non conferisce ai privati un diritto a essere indennizzati in seguito a un danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno.

Articolo 4 - Eccezioni

1. La presente direttiva non riguarda il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno cagionati da quanto segue:

a. un atto di conflitto armato, ostilità, guerra civile o insurrezione;

b. un fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile e incontrollabile;

2. La presente direttiva non si applica al danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno a seguito di un incidente per il quale la responsabilità o l'indennizzo rientrano nell'ambito d'applicazione di una delle convenzioni internazionali elencate nell'allegato IV, comprese eventuali successive modifiche di tali convenzioni, in vigore nello Stato membro interessato.

3. La presente direttiva non pregiudica il diritto dell'operatore di limitare la propria responsabilità conformemente alla legislazione nazionale che dà esecuzione alla convenzione sulla limitazione della responsabilità per crediti marittimi (LLMC) del 1976, compresi futuri emendamenti della medesima o alla convenzione di Strasburgo sulla limitazione della responsabilità nella navigazione interna (CLNI) del 1988 compresi futuri emendamenti della medesima.

4. La presente direttiva non si applica ai rischi nucleari e al danno ambientale né alla minaccia imminente di tale danno causati da attività disciplinate dal Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica o causati da un incidente o un'attività per i quali la responsabilità o l'indennizzo rientra nel campo di applicazione di uno degli strumenti internazionali elencati nell'allegato V, comprese eventuali successive modifiche di tali strumenti.

5. La presente direttiva si applica al danno ambientale o alla minaccia imminente di tale danno causati da inquinamento di carattere diffuso unicamente quando sia possibile accertare un nesso causale tra il danno e le attività di singoli operatori.

6. La presente direttiva non si applica alle attività aventi come scopo principale la difesa nazionale o la sicurezza internazionale, né a quelle aventi come unico scopo la protezione dalle calamità naturali.

Articolo 5 - Azione di prevenzione

1. Quando un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore adotta, senza indugio, le misure di prevenzione necessarie.

2. Se del caso, e comunque quando la minaccia imminente di danno ambientale persista nonostante le misure di prevenzione adottate dall'operatore, gli Stati membri provvedono affinché gli operatori abbiano l'obbligo di informare il più presto possibile l'autorità competente di tutti gli aspetti pertinenti della situazione.

3. L'autorità competente, in qualsiasi momento, ha facoltà di:

a. chiedere all'operatore di fornire informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno ambientale o su casi sospetti di tale minaccia imminente;

b. chiedere all'operatore di prendere le misure di prevenzione necessarie;

c. dare all'operatore le istruzioni da seguire riguardo alle misure di prevenzione necessarie da adottare; oppure

d. adottare essa stessa le misure di prevenzione necessarie.

4. L'autorità competente richiede che l'operatore adotti le misure di prevenzione. Se l'operatore non si conforma agli obblighi previsti al par. 1 o al par. 3, lett. b. o c., se non può essere individuato, o se non è tenuto a sostenere i costi a norma della presente direttiva, l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure.

Articolo 6 - Azione di riparazione

1. Quando si è verificato un danno ambientale, l'operatore comunica senza indugio all'autorità competente tutti gli aspetti pertinenti della situazione e adotta:

a. tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, gli inquinanti in questione e/o qualsiasi altro fattore di danno, allo scopo di limitare o prevenire ulteriori danni ambientali e effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi e

b. le necessarie misure di riparazione conformemente all'art. 7.

2. L'autorità competente, in qualsiasi momento, ha facoltà di:

a. chiedere all'operatore di fornire informazioni supplementari su qualsiasi danno verificatosi;

b. adottare, chiedere all'operatore di adottare o dare istruzioni all'operatore circa tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, gli inquinanti in questione e/o qualsiasi altro fattore di danno, allo scopo di limitare o prevenire ulteriori danni ambientali e effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi;

c. chiedere all'operatore di prendere le misure di riparazione necessarie;

d. dare all'operatore le istruzioni da seguire riguardo alle misure di riparazione

necessarie da adottare; oppure

e. adottare essa stessa le misure di riparazione necessarie.

3. L'autorità competente richiede che l'operatore adotti le misure di riparazione. Se l'operatore non si conforma agli obblighi previsti al par. 1 o al par. 2, lett. *b.*, *c.* o *d.*, se non può essere individuato o se non è tenuto a sostenere i costi a norma della presente direttiva, l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure, qualora non le rimangano altri mezzi.

Articolo 7 - Determinazione delle misure di riparazione

1. Conformemente all'allegato II, gli operatori individuano le possibili misure di riparazione e le presentano per approvazione all'autorità competente, a meno che questa non abbia intrapreso un'azione a norma dell'art. 6, par. 2, lett. *e.*, e par. 3.

2. L'autorità competente decide quali misure di riparazione attuare conformemente all'allegato II e, se necessario, in cooperazione con l'operatore interessato.

3. Se una pluralità di casi di danno ambientale si sono verificati in modo tale che l'autorità competente non è in grado di assicurare l'adozione simultanea delle misure di riparazione necessarie, essa può decidere quale danno ambientale debba essere riparato a titolo prioritario.

Ai fini di tale decisione, l'autorità competente tiene conto, fra l'altro, della natura, entità e gravità dei diversi casi di danno ambientale in questione, nonché della possibilità di un ripristino naturale. Sono inoltre presi in considerazione i rischi per la salute umana.

4. L'autorità competente invita le persone di cui all'art. 12, par. 1 e, in ogni caso, le persone sul cui terreno si dovrebbero effettuare le misure di riparazione a presentare le loro osservazioni e le prende in considerazione.

Articolo 8 - Costi di prevenzione e di riparazione

1. L'operatore sostiene i costi delle azioni di prevenzione e di riparazione adottate in conformità della presente direttiva.

2. Fatti salvi i par. 3 e 4, l'autorità competente recupera, tra l'altro attraverso garanzie reali o altre adeguate garanzie, dall'operatore che ha causato il danno o l'imminente minaccia di danno i costi da essa sostenuti in relazione alle azioni di prevenzione o di riparazione adottate a norma della presente direttiva.

Tuttavia, l'autorità competente ha facoltà di decidere di non recuperare la totalità dei costi qualora la spesa necessaria per farlo sia maggiore dell'importo recuperabile o qualora l'operatore non possa essere individuato.

3. Non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di prevenzione o di riparazione adottate conformemente alla presente direttiva se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno:

a. è stato causato da un terzo, e si è verificato nonostante l'esistenza di opportune misure di sicurezza, o

b. è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversa da un ordine o istruzione impartiti in seguito a un'emissione o a un incidente causati dalle attività dell'operatore.

In tali casi gli Stati membri adottano le misure appropriate per consentire al-

l'operatore di recuperare i costi sostenuti.

4. Gli Stati membri hanno facoltà di consentire che l'operatore non sia tenuto a sostenere i costi delle azioni di riparazione intraprese conformemente alla presente direttiva qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che il danno ambientale è stato causato da:

a. un'emissione o un evento espressamente autorizzati da un'autorizzazione conferita o concessa ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari nazionali recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità di cui all'allegato III, applicabili alla data dell'emissione o dell'evento e in piena conformità delle condizioni ivi previste;

b. un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività, che l'operatore dimostri non essere state considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività.

5. Le misure adottate dall'autorità competente conformemente all'art. 5, par. 3 e 4 e all'art. 6, par. 2 e 3 lasciano impregiudicata la responsabilità dell'operatore interessato a norma della presente direttiva e l'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato.

Articolo 9 - Imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno

La presente direttiva lascia impregiudicata qualsiasi disposizione del diritto nazionale riguardante l'imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno, in particolare per quanto concerne la ripartizione della responsabilità tra produttore e utente di un prodotto.

Articolo 10 - Termini per il recupero dei costi

L'autorità competente è legittimata ad avviare, nei confronti di un operatore o, se del caso, del terzo che ha causato il danno o la minaccia imminente di danno, i procedimenti per il recupero dei costi relativi a misure adottate conformemente alla presente direttiva entro cinque anni dalla data in cui tali misure sono state portate a termine o in cui è stato identificato l'operatore responsabile o il terzo responsabile, a seconda di quale data sia posteriore.

Articolo 11 - Autorità competente

1. Gli Stati membri designano l'autorità competente o le autorità competenti ai fini dell'esecuzione dei compiti previsti dalla presente direttiva.

2. Spetta all'autorità competente individuare l'operatore che ha causato il danno o la minaccia imminente di danno, valutare la gravità del danno e determinare le misure di riparazione da prendere a norma dell'allegato II. A tal fine, l'autorità competente è legittimata a chiedere all'operatore interessato di effettuare la propria valutazione e di fornire tutte le informazioni e i dati necessari.

3. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente possa delegare o chiedere a terzi di attuare le misure di prevenzione o di riparazione necessarie.

4. Le decisioni adottate ai sensi della presente direttiva che impongono misure di prevenzione o di riparazione sono motivate con precisione. Tali decisioni sono

notificate senza indugio all'operatore interessato, il quale è contestualmente informato dei mezzi di ricorso di cui dispone secondo la legge vigente dello Stato membro in questione, nonché dei termini relativi a detti ricorsi.

Articolo 12 - Richiesta di azione

1. Persone fisiche o giuridiche:
a. che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale, o
b. che vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale in materia di ambiente concernente il danno o, in alternativa,
c. che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto,
sono legittimate a presentare all'autorità competente osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o minaccia imminente di danno ambientale di cui siano a conoscenza e a chiedere all'autorità competente di intervenire a norma della presente direttiva.

Gli elementi costitutivi dell'«interesse sufficiente» e della «violazione di un diritto» sono determinati dagli Stati membri.

A tal fine, l'interesse di organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente e che sono conformi a tutti i requisiti previsti dal diritto nazionale è considerato sufficiente ai fini della lett. *b.* Tali organizzazioni sono altresì considerate titolari di diritti che possono subire violazioni ai sensi della lett. *c.*

2. La richiesta di azione è corredata di tutti i dati e le informazioni pertinenti a sostegno delle osservazioni presentate in relazione al danno ambientale in questione.

3. L'autorità competente tiene conto delle richieste di azione e delle osservazioni ad esse allegate che mostrino con verosimiglianza l'esistenza di un caso di danno ambientale. In tali circostanze l'autorità competente dà la possibilità all'operatore interessato di far conoscere le proprie opinioni circa la richiesta di azione e le osservazioni allegate.

4. Quanto prima, e comunque conformemente alle pertinenti disposizioni della legislazione nazionale, l'autorità competente informa le persone di cui al par. 1, che hanno presentato osservazioni all'autorità, della sua decisione di accogliere o rifiutare la richiesta di azione e indica i motivi della decisione.

5. Gli Stati membri possono decidere di non applicare i par. 1 e 4 ai casi di minaccia imminente di danno.

(Omissis)

LA DIRETTIVA N. 2004/35/CE SULLA PREVENZIONE E RIPARAZIONE DEL DANNO AMBIENTALE

Sommario: *Premessa - 1. Il danno ambientale - 2. Campo d'applicazione - 3. Norme in tema di responsabilità civile - 4. Copertura finanziaria - 5. La riparazione dei danni ambientali - 6. I compiti e le facoltà delle autorità statali - 7. Partecipazione del pubblico e accesso alla giustizia - 8. Altre disposizioni - 9. Conclusioni.*

Premessa

Il 21 aprile 2004 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno approvato la direttiva n. 2004/35/Ce in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale¹. Oggi, a circa un anno dalla pubblicazione di questo documento destinato ad avere importanti riflessi sulle legislazioni e sulle politiche ambientali degli Stati dell'Unione, un attento esame delle disposizioni ivi contenute appare doveroso.

Preliminarmente, è opportuno evidenziare che la direttiva costituisce il primo vero risultato dello studio iniziato dalla Commissione agli inizi degli anni Novanta, al fine di elaborare un regime comunitario sulla responsabilità per il danno ambientale causato da attività economiche/industriali pericolose. L'idea di un ampio sistema europeo di responsabilità in questo settore della legislazione ambientale, tuttavia, risale alla Convenzione di Lugano del 1993 (Convenzione del Consiglio d'Europa del 1993 sulla responsabilità civile per danno ambientale prodotto da attività pericolose)².

¹ In *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 56.

² V. il sito internet <http://www.conventions.coe.int/Treaty/>. Va rilevato, comunque, che la Convenzione non è ancora entrata in vigore a causa della mancanza delle ratifiche necessarie.

In effetti, le discussioni e le riflessioni che seguirono tale documento spinsero la Commissione europea ad interrogarsi sull'argomento e adottare, nello stesso anno, un Libro Verde al fine di presentare nozioni e concetti sui quali avrebbe dovuto basarsi il futuro schema comunitario sulla responsabilità ambientale³.

Successivamente, la Commissione proseguì i propri studi sull'argomento (prendendo anche in considerazione l'opportunità di una partecipazione delle Comunità europee alla Convenzione di Lugano), e nel 2000 pubblicò un Libro Bianco⁴ in cui evidenziava la necessità di un'iniziativa comunitaria in materia⁵. In particolare, la Commissione proponeva la creazione, tramite una direttiva quadro, di un regime basato sulla responsabilità civile dell'operatore - che si distingueva in responsabilità oggettiva e soggettiva, a seconda dei danni ambientali verificatisi e delle attività "fonti" di tali pregiudizi.

Il Libro Bianco ha suscitato numerose osservazioni sia degli Stati membri, che di una vasta gamma di parti interessate⁶, considerazioni che spinsero la Commissione a rivedere le proprie scelte in tema di responsabilità civile e, in tale direzione, ad adottare nel 2002 una proposta di direttiva⁷ ispirata ad un approccio pubblicistico. Ai fini di una maggiore tutela delle risorse naturali e sulla scorta della legislazione americana del *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (C.E.R.C.L.A.⁸), la proposta affiancava alla responsabilità civile (oggettiva e soggettiva) degli operatori, quella primaria e sussidiaria degli Stati.

Tale documento, nelle more del cammino legislativo (procedura di codecisione, art. 251 del Trattato CE), ha subito profonde modifiche ma, finalmente, il 21 aprile 2004 - anche a seguito dell'intervento del comitato di conciliazione - si è giunti all'adozione della direttiva n. 2004/35/Ce sulla responsabilità in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Il presente lavoro è diretto ad esaminare alcuni aspetti particolarmente

³ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale: Libro Verde sul risarcimento dei danni all'ambiente, Com (93) 47, Bruxelles, 14 maggio 1993, documento disponibile al sito Internet <http://europa.eu.int/eur-lex/>.

⁴ Commissione delle Comunità europee, *Libro Bianco sulla responsabilità per danno ambientale*, Com (2000) 66 final, Bruxelles, 9 febbraio 2000, in *Bollettino Ue* nn. 1-2-2000 Ambiente (1/21). È molto ampio il contributo della dottrina sul tema, per tutti v. WILDE, *The EC Commission's White Paper on Environmental Liability: Issues and Implications*, in *Journal of Environmental Law*, 2001, p. 21; inoltre POZZO, *Verso una responsabilità per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 623.

⁵ Alcune critiche alla Convenzione di Lugano le ritroviamo esplicitamente menzionate nel *Libro Bianco*, cfr. punto 5.1.

⁶ Disponibili al sito Internet <http://europa.eu.int/comm/environment/wel/main/index/cfm/>.

⁷ Commissione delle Comunità europee, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, Com (2002) 17 def. - Cod. 2002/21, in *Guce* n. C 151 E del 25 giugno 2001, p. 132.

⁸ Legge americana per la bonifica e il ripristino dei danni alle risorse naturali, in *42 U.S.C.*, §§ 9601-9675 (1994). Per un'attenta analisi si rimanda a BURLINGTON, *Valuing Natural Resource Damages: A Transatlantic Lesson*, in *Environmental Liability*, 2003, p. 181 ss.

controversi della direttiva al fine di contribuire a migliorare la comprensione di un documento destinato ad incidere in modo significativo sulle legislazioni ambientali dei singoli Stati i quali, comunque, hanno tempo fino al 30 aprile 2007 per mettere in atto le disposizioni necessarie per conformarsi alle previsioni della direttiva (art. 19).

Si provvederà, pertanto, ad analizzare brevemente alcuni istituti "chiave" previsti dalla direttiva (il danno ambientale, la responsabilità civile, i mutamenti intervenuti riguardo alla responsabilità statale e la riparazione del danno), cercando di comprendere ed ipotizzare la loro concreta incidenza sulla prevenzione e riparazione dell'ambiente compromesso o danneggiato.

Ai fini di una corretta interpretazione della direttiva in esame, ricordiamo che la stessa è stata adottata in base all'art. 175 del Trattato CE (Politica ambientale).

1. Il danno ambientale

La direttiva, innanzitutto, definisce il danno come qualsiasi «mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o (...) di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente» (art. 2, par. 2). Questa preliminare definizione generale viene riferita, subito dopo, a determinate componenti ambientali individuando, così, le seguenti fattispecie di pregiudizio:

1. *danno alle specie e agli habitat naturali protetti*⁹, ossia qualsiasi lesione «che produca significativi effetti negativi¹⁰ sul raggiungimento o mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di tali specie e habitat» (art. 2, par. 1, lett. a.). La norma si riferisce, in particolare, alle componenti naturali tutelate dal diritto comunitario (le cosiddette zone «Natura 2000»)¹¹ e dalle legislazioni nazionali¹².

⁹ La proposta di direttiva, prevedeva, invece, il danno alla biodiversità, identificando la diversità biologica nelle specie e negli *habitat* protetti dal diritto comunitario e dalle legislazioni nazionali. Tale determinazione, tuttavia, mal si conciliava con il significato attribuito al termine in esame dalla Convenzione sulla biodiversità del 1992 – comprendente, oltre alle specie ed agli *habitat* – anche l'idea d'interdipendenza delle relazioni tra gli organismi viventi. Per questo motivo, e in considerazione alla circostanza che la CE è parte contraente della Convenzione citata, il legislatore europeo, nella Posizione comune del Consiglio, 8 settembre 2003 in *Gu-Ue* n. C 277 E del 18 novembre 2003, p. 10, ha modificato opportunamente la definizione in esame.

¹⁰ Per valutare la significatività di tali effetti negativi sullo stato di conservazione, l'Allegato I rimanda a dati misurabili come la densità di popolazione della specie animale in una determinata area, la capacità di propagazione della specie e/o di rigenerazione naturale dell'*habitat*, infine, «il danno con un provato effetto sulla salute umana deve essere classificato come significativo».

¹¹ Ossia le specie e gli *habitat* individuati dalle direttive n. 79/409/Cee Allegato I, e n. 92/43/Cee Allegati I, II, IV. La prima direttiva concerne la conservazione degli uccelli selvatici, in *Guce* n. L 103 del 25 aprile 1979, p. 1 (direttiva modificata da ultimo dal regolamento n. 807/2003 in *Gu-Ue* n. L 122 del 16 maggio 2003, p. 36); la seconda riguarda la conservazione degli *habitat* naturali, in *Guce* n. L 206 del 22 luglio 1992, p. 7 (direttiva modificata da ultimo dal regolamento n. 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1).

¹² Di seguito, la direttiva definisce lo stato di conservazione favorevole tramite il rinvio alla presenza di zone, strutture, funzioni, alla popolazione delle specie animali, e alla loro verosimile

2. *danno alle acque*, vale a dire ogni pregiudizio che incida in modo significativamente negativo sullo stato ecologico o chimico delle acque individuate dalla direttiva n. 2000/60/Ce;

3. *danno al terreno*, ovvero qualsiasi contaminazione del suolo (cioè introduzione nel terreno, o nel sottosuolo, di sostanze o preparati nocivi), che crei un rischio rilevante di effetti negativi sulla salute umana.

Prima di passare all'esame delle singole fattispecie di danno, bisogna premettere che la definizione di pregiudizio in generale fa riferimento a due concetti non particolarmente chiari: il «mutamento negativo» e gli «effetti indiretti». Questi aspetti sono tutt'altro che facilmente individuabili e misurabili nella pratica e le incertezze interpretative che ne potrebbero derivare, sarebbero destinate, poi, a riflettersi negativamente sulle definizioni particolari di danno. Le maggiori perplessità potrebbero presentarsi nell'ambito dei danni alle specie e agli *habitat* naturali protetti. In effetti, vista la correlazione e l'interdipendenza che sussistono tra le varie risorse naturali presenti in un *habitat* (come una zona palustre), occorre chiedersi, precisamente, cosa debba intendersi per effetti indiretti e mutamenti negativi. L'alterazione del flusso migratorio di una determinata specie animale, ad esempio,¹³ può essere fatta rientrare tra questi concetti? E, se sì, in quale?

Passando ora ad esaminare le figure particolari di danno ambientale, è necessario evidenziare, in primo luogo, che l'introduzione del concetto di danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti nel regime di responsabilità ambientale, è già di per sé un'importante novità, considerato che le legislazioni di alcuni Paesi dell'Unione non prevedono il risarcimento di tali pregiudizi.

In ogni caso, la limitazione alle specie e agli *habitat* protetti dal diritto comunitario e dalle legislazioni nazionali, come giustamente lamentato dalle associazioni ambientaliste¹⁴, fa sì che le risorse naturali così determinate coprano solamente il 13% circa del territorio dell'Unione (e il 20% della biodiversità)¹⁵. Si consideri, inoltre, che il rinvio alle legislazioni nazionali potrebbe disincentivare gli stessi Stati membri a proteggere ulteriori zone oltre a quelle già individuate

esistenza futura (art. 2, par. 4).

¹³ Va sottolineato che la definizione di danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti, come introdotta nella *Posizione comune* del Consiglio, *loc. cit.*, include tra le specie animali anche gli uccelli migratori menzionati nell'art. 4, par. 2, della direttiva n. 79/409 (riprendendo, così, l'emendamento proposto dal Parlamento europeo nel Parere in prima lettura, doc. PE T5-0211/2003 del 14 maggio 2003, art. 3, in *Gu-UE* n. C 67 E del 17 marzo 2004, p. 137).

¹⁴ Cfr. *Make polluters pay, the environmental liability directive*, articolo disponibile all'indirizzo internet www.foeeurope.org.

¹⁵ Questa rigorosa individuazione delle specie e *habitat* tutelati, peraltro, potrebbe sollevare ulteriori incertezze nel caso, ad esempio, che una specie animale non "protetta" si trovasse, al momento di un incidente, in un sito protetto. Cfr. Commissione giuridica e per il mercato interno, Raccomandazione per la seconda lettura del Parlamento, doc. finale A5-0461/2003 (non ancora in *Gazzetta ufficiale*), motivazione dell'emendamento n. 6.

dalla normativa comunitaria; ciò ovviamente al fine di tutelare maggiormente le proprie attività produttive rispetto a quelle di altri Paesi.

Se, quindi, da un lato il futuro regime avrà la fondamentale e positiva conseguenza di imporre un nuovo "capo" di responsabilità sugli operatori dei settori pericolosi, dall'altro lato le incertezze interpretative evidenziate¹⁶ potrebbero, a loro volta, riflettersi negativamente sulla risarcibilità e sul ripristino di tali danni.

Il danno alle acque sembra creare minori indecisioni, dal momento che la direttiva n. 2000/60/Ce¹⁷, fornisce i criteri per stabilire concretamente se lo stato ecologico o chimico delle acque interessate è stato danneggiato¹⁸.

Un discorso a parte deve essere fatto per la definizione di danno del suolo. Questa, infatti, riferendosi solo alla «contaminazione del terreno che reca un rischio significativo di effetti negativi sulla salute umana», introduce una "soglia" per la risarcibilità di tale pregiudizio alquanto incerta. Al riguardo, viene spontaneo chiedersi se è necessaria la presenza di un danno concreto alla salute umana o, al contrario, se è sufficiente solo un pericolo potenziale di ciò. Tale domanda, tuttavia, sembra destinata a rimanere senza risposta dal momento che la direttiva non prevede nulla sul punto, né, tantomeno, enuncia criteri oggettivi di riferimento in base ai quali valutare tale "soglia"¹⁹.

Forse sul punto sarebbe stata necessaria maggiore chiarezza, visto, oltretutto, l'esplicito riferimento della Commissione alla circostanza che «nella Comunità sono già stati individuati come contaminati definitivamente o potenzialmente circa 300.000 siti»²⁰.

Per concludere, bisogna fare alcune precisazioni. *In primis*, l'esame delle definizioni particolari di danno ha mostrato, altresì, che le stesse fanno riferimento soltanto ai pregiudizi ambientali significativi, evidenziando, quindi (indirettamente) che la direttiva riguarda solamente seri incidenti ambientali.

In secondo luogo, merita di essere sottolineato che a livello geografico il

¹⁶ Unite alle ulteriori lacune che evidenzieremo nelle pagine seguenti in tema di responsabilità e copertura assicurativa (v. *infra*, par. 4, 5).

¹⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, in *Guce* n. L 327 del 22 dicembre 2000, p. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla decisione n. 2455/2001/Ce, in *Guce* n. L 331 del 15 dicembre 2001, p. 1.

¹⁸ In questo caso, infatti, il deterioramento si determina con il passaggio dall'una all'altra categoria tra quelle specificate dalla direttiva in questione.

¹⁹ Come, ad esempio, dei limiti di concentrazione delle sostanze inquinanti. Il *considerando* n. 7 prevede, al riguardo, che sarebbe opportuno l'utilizzo di apposite procedure di valutazione del rischio. In materia si rinvia, per quanto attiene alla legislazione italiana, al "decreto Ronchi" - art. 17 del dlgs 5 febbraio 1997, n. 22, in *Guri* n. 38 del 15 febbraio 1997, *suppl. ord.* - ai sensi del quale l'esistenza di un danneggiamento ambientale viene riferita ad un criterio puramente matematico, ossia il superamento dei limiti tabellari di accettabilità della contaminazione del suolo, come determinati da apposito provvedimento dell'autorità ministeriale (v. dm 25 ottobre 1999, n. 471, art. 3).

²⁰ Cfr. Commissione delle Comunità europee, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale, *cit. supra*, nota 7, Relazione.

regime contempla sia i pregiudizi ambientali interni ai singoli Stati membri, che quelli transfrontalieri (ovvero i danni che riguardano una pluralità di Paesi dell'Unione²¹). Per questi ultimi inquinamenti, infatti, la direttiva prevede che gli Stati interessati cooperino ai fini di una corretta ed efficace azione di prevenzione e riparazione (art. 15)²².

Infine, va rilevato che altre fattispecie di pregiudizi, come i c.d. danni tradizionali (cioè lesione personale, danno alla proprietà e perdite economiche direttamente collegate alle risorse naturali danneggiate), sono escluse dal campo d'applicazione dello schema in esame²³, e ciò proprio per evidenziare che il *focus* del regime responsabilità è la prevenzione e la riparazione del danno ambientale in senso stretto.

2. Campo d'applicazione

La direttiva riguarda:

- i danni ambientali causati dallo svolgimento delle attività professionali potenzialmente pericolose e dannose per l'uomo e/o l'ambiente²⁴ (elencate nell'Allegato III);

- i danni alle specie e agli *habitat* naturali determinati dall'esercizio negligente o doloso delle attività professionali non considerate pericolose (art. 3, par. 1).

Sono esclusi dal presente campo d'applicazione, invece, i pregiudizi ambientali causati da:

1. conflitti armati, ostilità, guerre civili;
2. fenomeni naturali eccezionali/inevitabili ed incontrollabili (art. 4, par. 1)²⁵.

²¹ Come l'inquinamento delle acque di un fiume transfrontaliero che causa conseguenze dannose alle risorse ambientali di un altro Paese.

²² Non è stato ripreso, comunque, l'emendamento 34 proposto dalla Commissione giuridica e per il mercato interno nel *I° Progetto di Relazione sulla proposta di direttiva Com (2002)17* - documento che assunse il nome di "*Relazione Manders*" -, doc. A5-0145/2003 del 29 aprile 2003, disponibile al sito internet <http://europa.eu.int/eur-lex/>. Tale emendamento prevedeva la responsabilità degli Stati membri per i danni transfrontalieri causati da attività svolte nel proprio territorio da operatori insolventi. Per il Consiglio, questa scelta non sarebbe stata conforme all'assenza di tale forma di responsabilità riguardo al danno "limitato" al territorio di uno Stato membro, cfr. Posizione comune del Consiglio, *cit. supra*, nota 9, p. 6. Sul punto v. *infra*, par. 7.

²³ Sebbene, allo stesso tempo, la direttiva non pregiudica qualsiasi diritto concernente questi tipi di lesioni. Includere i danni tradizionali nel presente regime, avrebbe determinato vari problemi, primo tra tutti, quello che i vari approcci usati sia in ambito nazionale che internazionale in materia, avrebbero reso assai ardua un'eventuale armonizzazione degli stessi.

²⁴ Cfr. *infra*, par. 4.

²⁵ Sono escluse dal campo d'applicazione, altresì, le attività di difesa nazionale (art. 4, par. 6), sebbene è tristemente noto a tutti che tali operazioni possono coinvolgere anche l'uso o la sperimentazione di sostanze nocive e/o altamente pericolose per l'ambiente.

Entrambe queste ipotesi, riguardano casi di esclusione comunemente accettati nella prassi internazionale in materia di responsabilità per danno ambientale.

La direttiva non si applica, inoltre, ai danni causati dall'«inquinamento di carattere diffuso»²⁶ quando non sia possibile accertare un nesso causale tra il danno e le attività di taluni singoli operatori (art. 4, par. 5). Giova rilevare, comunque, che l'accertamento delle responsabilità individuali degli operatori coinvolti in questo tipo d'inquinamenti si potrebbe presentare come impossibile, o quasi, nella pratica (una sorta di *probatio diabolica*). Si ritiene, pertanto, che il legislatore europeo, tramite questa disposizione, abbia voluto, implicitamente, escludere detti inquinamenti dal regime in oggetto²⁷. Tale considerazione trova conferma nel testo stesso della direttiva, secondo cui: «la responsabilità civile non è quindi uno strumento adatto per trattare l'inquinamento a carattere diffuso, nei casi in cui sia impossibile collegare danni ambientali negativi ad atti o omissioni di taluni singoli soggetti»²⁸. Di converso, però, è opportuno evidenziare che lo schema previsto dalla direttiva si basa sia su elementi di diritto privato, che di diritto pubblico-amministrativo: proprio per questo motivo il regime in esame avrebbe potuto essere la sede giusta per fornire una risposta europea unitaria su un argomento di grande attualità come gli inquinamenti diffusi.

Il regime non si applicherà, inoltre, ai danni ambientali causati da rischi nucleari, inquinamento da idrocarburi e trasporto di sostanze pericolose che rientrano nel campo d'applicazione delle convenzioni internazionali elencate negli Allegati IV e V²⁹, sempre che tali strumenti siano in vigore³⁰ nello Stato membro interessato al momento dell'evento dannoso (art. 4, par. 2, 4).

²⁶ Con questo termine s'intendono quei casi nei quali gli effetti nocivi per l'ambiente prodotti da differenti soggetti in vari settori, interagiscono tra loro e producono degli agenti inquinanti estesi, detti appunto "diffusi", come ad esempio le piogge acide.

²⁷ Va evidenziato, altresì, che la disposizione in esame non sembra conforme alle disposizioni in tema d'imputazione di costi nel caso di pluralità d'autori del danno, cfr. art. 9, v. *infra*, par. 4.

²⁸ Cfr. *considerando* 13.

²⁹ Cfr. art. 4. L'Allegato IV richiama espressamente le Convenzioni del 1992 e del 2001 in materia d'inquinamento da idrocarburi; la Convenzione del 1996 sulla responsabilità e l'indennizzo per i danni causati dal trasporto via mare di sostanze nocive (Convenzione H.N.S.), e la Convenzione del 1989 sulla responsabilità civile per i danni causati durante il trasporto di materiali pericolosi su strada, ferrovia o battello di navigazione interna (Convenzione C.R.T.D.); l'Allegato V, invece, fa riferimento alle Convenzioni di Parigi del 1960 e di Vienna del 1963 (e successive modifiche) sui danni causati da attività nucleari; l'art. 4, par. 4, richiama, altresì, il trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica.

³⁰ L'espressione «In vigore» è stata inserita a seguito della richiesta del Parlamento europeo nel Parere in prima lettura, *cit. supra*, nota 13, che, tuttavia, si riferiva alle Convenzioni riportate in entrambi gli Allegati mentre, nella direttiva viene riferito solamente alle Convenzioni riportate nell'Allegato IV. L'art. 4 prevede inoltre che gli operatori possano limitare la propria responsabilità conformemente alle condizioni previste dalle Convenzioni internazionali in materia di crediti marittimi e di navigazione interna (par. 3).

Questa impostazione legislativa, tuttavia, può lasciare in qualche misura perplessi dal momento che tali normative internazionali, in effetti, non sembrano conformi agli obiettivi della direttiva. A questo proposito, e a prescindere da tutte le differenze che intercorrono tra la direttiva e questi strumenti in tema di responsabilità civile, interessa qui mettere in luce che in materia di riparazione dei danni ambientali le definizioni di misure di ripristino contenute in tali schemi, a differenza della direttiva, non prevedono né forme di riparazione sussidiarie, nelle ipotesi in cui il ripristino delle risorse naturali sia impossibile, né, tantomeno, contemplano il risarcimento delle perdite *ad interim*³¹ – ossia le perdite delle risorse naturali e dei relativi servizi durante lo svolgimento delle operazioni di riparazione³². In tale prospettiva, ci si auspica che la relazione che la Commissione dovrà redigere, entro il 30 aprile 2014, sull'argomento servirà a chiarire eventuali dubbi sui rapporti tra la direttiva e questi regimi internazionali.

3. Norme in tema di responsabilità civile

La direttiva istituisce un regime di responsabilità per la prevenzione e riparazione del danno ambientale. A tal fine prevede, in conformità con il principio «chi inquina paga» (art. 1), che l'operatore che ha causato un danno ambientale (o minaccia imminente di danno) deve sostenere i costi delle misure di prevenzione e/o riparazione necessarie per risanare i pregiudizi verificatesi (art. 8, par. 1). Lo schema in esame, inoltre, affianca alla responsabilità civile dell'operatore, dei compiti e delle facoltà in capo alle autorità statali competenti³³.

Quanto alla responsabilità civile, la direttiva stabilisce, in linea con i precedenti orientamenti espressi dalla Commissione nel Libro Bianco, un sistema di responsabilità misto, dualistico. Da un lato, infatti, prevede una presunzione generale di responsabilità oggettiva³⁴ per i danni ambientali causati dal-

³¹ Le definizioni del danno ambientale (per sé) contenute in tali schemi differiscono in modo sensibile da quella prevista dalla direttiva, e tale differenza si riflette, a sua volta, in sede di riparazione degli stessi danni. Tali Convenzioni definiscono in generale tale danno ambientale tramite il riferimento ai costi delle misure ragionevoli preventive e della reintegrazione, v. Convenzione H.N.S. art. 1, par. 6, lett. *c.* e *d.*; Convenzione C.R.T.D. art. 1, par. 10, lett. *c.* e *d.* Peraltro, il riferimento delle stesse definizioni alla ragionevolezza delle misure di prevenzione e riparazione (reintegrazione) presenta tutta una serie di altre considerazioni: in *primis* mancano negli schemi in oggetto dei criteri oggettivi per comprendere e valutare tale requisito (salvo quelli previsti dalla Convenzione di Vienna sulla responsabilità civile per i danni nucleari del 1997, art. 2, par. 2 lett. *o*); secondariamente il riferimento alla ragionevolezza può creare difficoltà interpretative e pratiche nei casi in cui le misure di reintegrazione presentino notevoli difficoltà tecniche o costi elevati.

³² Cfr. art. 18, par. 2, 3 ; v. *infra*, par. 6.

³³ Sul punto v. *infra*, par. 7.

³⁴ Definita nel Libro Verde «(...) uno strumento adatto a creare incentivi per evitare il verificarsi dei danni ambientali», cfr. punto 2.1.2.

l'esercizio delle attività pericolose elencate nell'Allegato III, dall'altro lato contempla un'ipotesi residuale di responsabilità soggettiva per i danni alle specie e agli *habitat* naturali protetti, determinati dallo svolgimento delle attività non considerate rischiose.

La direttiva mira, in sostanza, a creare un ampio regime orizzontale di responsabilità civile per i danni ambientali causati dalle attività industriali ed economiche pericolose. Quest'ultime, sono genericamente definite come quelle «attività professionali che presentano un rischio per la salute umana o l'ambiente» (*considerando* n. 8), e sono individuate tramite il riferimento alla normativa comunitaria pertinente in materia di rifiuti e sostanze pericolose. Volgendo rapidamente la nostra attenzione all'Allegato III, notiamo che le attività ivi elencate sono numerose: dalle operazioni di gestione, stoccaggio, discarica di rifiuti, alle attività in materia di sostanze e preparati pericolosi, agli scarichi nelle acque, alle attività riguardanti organismi e microorganismi geneticamente modificati, biocidi, e prodotti fitosanitari, al trasporto transfrontaliero di merci inquinanti o rifiuti pericolosi (per tutti si vedano la direttiva del Consiglio n. 1999/31/Ce³⁵ ed il regolamento n. 259/93/Cee³⁶). Solo a queste attività, pertanto, si attribuisce la presunzione di responsabilità oggettiva³⁷, mentre alle attività non elencate, che quindi non rientrano nel novero delle attività pericolose, si applica la responsabilità soggettiva, ma solo riguardo ai danni alle specie ed agli *habitat*. Proprio riguardo a questa ipotesi residuale di responsabilità va evidenziata una contraddizione di fondo. In effetti, se, da una parte è palese la volontà della Comunità di proteggere rigorosamente tali risorse (in questo ambito, infatti, alla responsabilità oggettiva va aggiunta quella soggettiva); dall'altra, proprio la responsabilità per dolo o colpa potrebbe sollevare degli inconvenienti legati alla difficoltà, in caso di danno, di provare l'elemento psicologico del soggetto responsabile. Ed ancora, nel caso in cui manchi o non venga fornita la prova di tale elemento psicologico, l'operatore non sarà ritenuto responsabile ai sensi della direttiva. In

³⁵ Direttiva concernente le operazioni di discarica di rifiuti, in *Guce* n. L 182 del 16 luglio 1999, p. 1. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 1882/2003, in *Gu-Ue* n. L 284 del 31 ottobre 2003.

³⁶ Regolamento (Cee) n. 259/93 del Consiglio, del 1° febbraio 1993, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio, in *Guce* n. L 30 del 6 febbraio 1993, p. 1. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 2557/2001, in *Guce* n. L 349 del 31 dicembre 2001, p. 1.

³⁷ Come opportunamente evidenziato da parte della dottrina, v. BERGKAMP, *The Proposed Environmental Liability Directive*, in *European Environmental Law Review*, 2002, p. 238, l'Allegato III enuncia le attività pericolose senza riferirsi ad appositi coefficienti di pericolosità, e comprende anche delle attività che si riferiscono solamente alle sostanze pericolose impiegate, ma che non presentano un rischio come, invece, richiesto dalla direttiva e questa situazione potrebbe condurre alla paradossale conseguenza che alcune delle attività elencate, categoria questa oltremodo ampia, potrebbero determinare rischi minori rispetto ad altre attività non elencate alle quali, però, si applica il regime della responsabilità soggettiva.

questa ipotesi, tra l'altro, non è affatto chiaro se l'autorità competente avrà la facoltà di agire o meno per riparare gli eventuali danni³⁸.

Si ritiene, pertanto, che in tema di responsabilità per i danni alle specie e agli *habitat* (che come detto rappresentano una novità per alcuni Paesi) era necessaria maggiore "severità" da parte del legislatore europeo³⁹, in particolare, era opportuna una clausola generale di responsabilità oggettiva.

Cambiando argomento, i soggetti interessati dalle norme in tema di responsabilità sono gli "operatori", vale a dire qualsiasi persona (fisica e giuridica) pubblica e/o privata che «esercita o controlla un'attività professionale oppure, quando la legislazione nazionale lo prevede, a cui è delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività» (art. 2, par. 6). La norma si riferisce al soggetto che esercita il c.d. «controllo operativo» dell'attività in questione, allo scopo di limitare gli inconvenienti legati al fenomeno delle "attività controllate"⁴⁰.

La direttiva, in linea con il principio «chi inquina paga», prevede un regime di responsabilità oggettiva quando viene provata l'esistenza di un chiaro rapporto di causalità tra le azioni o le omissioni compiute dall'operatore nello svolgimento di un'attività pericolosa e il danno ambientale (o minaccia imminente). Per i danni alle specie e agli *habitat* la responsabilità soggettiva richiede, altresì, la prova, come detto, dell'elemento psicologico del soggetto responsabile⁴¹.

Nell'ipotesi in cui un medesimo evento dannoso sia attribuibile a diversi operatori, la direttiva rimanda completamente alle pertinenti norme nazionali in materia d'imputazione dei costi nel caso di pluralità di responsabili (art. 9). Và rilevato, comunque, che, sebbene la direttiva trovi il proprio fondamento giuridico nella politica ambientale della Comunità (Titolo XIX del Trattato CE), la stessa, tuttavia, in alcuni punti, non sembra tener nella dovuta considerazione le esigenze del mercato comune europeo. In effetti, per evitare che gli operatori possano scegliere il luogo dove registrare la propria sede, per fruire magari di legislazioni più favorevoli⁴², è fondamentale garantire un regime di responsabilità uniforme in tutto il territorio della Comunità. La norma citata, pertanto, sembra contrastare con tale *ratio* dal momento che il rinvio *tout court* alle legislazioni nazionali potrebbe determinare l'applicazione della

³⁸ V. *infra*, par. 7.

³⁹ Ma questa scelta, probabilmente, avrebbe, a sua volta, disincentivato gli Stati ad individuare nuove aree da proteggere ai sensi della direttiva, allo scopo di tutelare le "proprie" imprese.

⁴⁰ In ogni caso, la norma in esame, riferendosi anche agli eventuali titolari di permessi o autorizzazioni, potrebbe in concreto porsi in contrasto con tale fine, cfr. art. 2, par. 6.

⁴¹ L'onere di provare il nesso di causalità e l'eventuale elemento psicologico ricade ai sensi della direttiva sull'autorità competente alla quale, in base dell'art. 11, spetta «individuare l'operatore che ha causato il danno».

⁴² Con ovvie ripercussioni negative sulla concorrenza nel mercato interno.

responsabilità in solido in alcuni Paesi e la ripartizione su base proporzionale in altri⁴³!

Ai sensi della direttiva, inoltre, non si dovrebbe chiedere all'operatore di sostenere i costi della prevenzione e riparazione in situazioni in cui il danno derivi da eventi indipendenti dalla sua volontà⁴⁴. Questa previsione si riferisce alla possibilità che il responsabile non sopporti tali "spese" nell'ipotesi in cui ricorrano specifiche cause di giustificazione. La direttiva individua tali ipotesi nei danni compiuti da terzi o causati dall'osservanza di una misura vincolante emessa da una pubblica autorità (art. 8, par. 3)⁴⁵.

Lo schema in esame prevede, altresì, che «Gli Stati membri hanno la facoltà di consentire che l'operatore non sia tenuto a sostenere i costi delle azioni di riparazione (...) qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che il danno ambientale è stato causato da:

a. un'emissione o un evento espressamente autorizzati da un'autorizzazione conferita (...) ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamenti nazionali recanti attuazione delle misure legislative (...) adottate dalla Comunità di cui all'Allegato III (...);

b. un'emissione o un'attività (...) che l'operatore dimostri non essere state considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività» (art. 8, par. 4).

Innanzitutto, giova rilevare che nella proposta di direttiva del 2002 queste due fattispecie erano state inserite tra le eccezioni. Tuttavia, a seguito sia delle forti critiche dei gruppi ambientalisti⁴⁶, che di vari emendamenti del Parlamento in prima lettura⁴⁷, il Consiglio nella posizione comune⁴⁸ ha incluso le medesime nelle norme in tema di costi della prevenzione e riparazione. Peraltro, la disposizione in oggetto, come si vede, si riferisce solamente ai costi

⁴³ La mancanza di una previsione uniforme al riguardo ci spinge a sottolineare che tra la responsabilità congiunta (ed in solido) e la ripartizione su base proporzionale è preferibile quest'ultima per diversi motivi. In primo luogo, in base a evidenti esigenze di equità, nel senso che l'operatore deve rispondere in base al principio «chi inquina paga» della porzione di danno imputabile alla propria attività – in tale ordine d'idee si era espressa la Commissione nella Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale, *cit. supra*, nota 7, all'art. 11, par. 2; secondariamente, perché la responsabilità in solido potrebbe avere ripercussioni negative in campo assicurativo (settore ancora in fase di sviluppo, come dimostra l'art. 14, v. *infra*, par. 5) in quanto potrebbe determinare dei premi assicurativi sproporzionatamente elevati; infine, perché la proporzionalità nella ripartizione dei danni potrebbe contribuire a far emergere importanti elementi probatori.

⁴⁴ Cfr. *considerando* n. 20.

⁴⁵ L'operatore, comunque, è tenuto a provare tali circostanze per non sostenere i costi relativi alla riparazione e prevenzione del danno.

⁴⁶ Riferite principalmente alle autorizzazioni, cfr. HATTAN, *The Environmental Liability Directive*, in *Environment Liability*, 2002, p. 8.

⁴⁷ V. nota 13.

⁴⁸ V. nota 9.

delle azioni di ripristino. Da questa osservazione consegue che l'operatore responsabile di un danno ambientale, che possa provare il ricorrere di tali circostanze, sarà, comunque, tenuto a sopportare i costi delle misure di prevenzione. Ma passiamo ora all'esame di queste due fattispecie.

La prima, riguardante i danni ambientali causati da emissioni autorizzate, mira chiaramente ad incentivare gli operatori interessati ad agire in conformità alla legislazione in materia ambientale.

In ogni caso, comunque, la circostanza che la gran parte di tali attività pericolose è già soggetta a licenze ed autorizzazioni, ai sensi delle rispettive legislazioni nazionali⁴⁹, fa sì che il campo d'applicazione di questa fattispecie è molto ampio, rischiando, in tal modo, di vanificare l'effetto della responsabilità oggettiva sulla prevenzione del danno ambientale. In breve, perché l'operatore di una attività pericolosa dovrebbe investire nella prevenzione⁵⁰ se, in concreto, la sua responsabilità sarà esclusa dal rilascio di un'autorizzazione (unito alla mancanza di colpa o dolo)? Ed, inoltre, perché le norme proprie della responsabilità oggettiva richiedono che l'operatore, munito di apposita licenza, agisca con colpa e dolo, cioè con gli elementi psicologici propri della responsabilità soggettiva?

Merita di essere sottolineato, per di più, che alcune legislazioni nazionali in materia attribuiscono la responsabilità a prescindere dalla circostanza che il soggetto abbia agito in conformità, o meno, dei limiti previsti nell'autorizzazione rilasciata dalla pubblica autorità⁵¹.

In conclusione, forse, era più opportuna o una disposizione vincolante per tutti gli Stati membri, oppure la previsione di *standard* minimi cui raffrontare le rispettive autorizzazioni nazionali, anche alla luce dei probabili risvolti assicurativi.

La seconda fattispecie, invece, riguarda i danni causati da emissioni/attività non considerate dannose al momento del rilascio o dell'esecuzione in base al c.d. «stato dell'arte».

⁴⁹ Ci riferiamo ad esempio, nell'ambito della legislazione italiana, all'art. 5 del dlvo n. 372/99, attuativo della 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, p. 26. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 1882/2003, in *Gu-Ue* n. L 284 del 31 ottobre 2003.

⁵⁰ «Poiché gli inquinatori potenziali sono tenuti responsabili dei costi di riparazione del danno che possono provocare, la responsabilità incentiva la prevenzione del danno. Se 1 euro speso nella prevenzione evita un danno il cui costo di riparazione supera 1 euro, le parti responsabili tenderanno ad investire nella prevenzione piuttosto che pagare il costo più elevato della riparazione. La proposta orienterà quindi l'economia a puntare su efficienti livelli di prevenzione ambientale», cfr. Commissione, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale, *cit. supra*, nota 7, p. 4.

⁵¹ Si fa riferimento alla legge italiana sulle bonifiche, dm n. 471/99, in *Guri* n. 293 del 15 dicembre 1999, *suppl. ord.* La direttiva, forse, anche in considerazione di ciò prevede delle facoltà, e non degli obblighi, in capo alle autorità nazionali.

Ma cosa s'intende per «un'emissione o un'attività (...) non considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche»?

Il punto non è chiaro. Ad ogni modo, premettendo che le attività disciplinate dalla direttiva sono, come detto, sia quelle "pericolose" elencate nell'Allegato III (e già soggette alle autorizzazioni anzidette), sia quelle non rischiose, si può concludere che l'eccezione in esame dovrebbe riferirsi a quest'ultime operazioni, cioè a quelle attività che, appunto, in base allo «stato dell'arte», non sono considerate pericolose.

Questa considerazione, comunque, per quanto logica, non sembra conforme al dettato della direttiva. La stessa, come si ricorderà, prevede per le attività non rischiose la sola responsabilità soggettiva per il danno alle specie e agli *habitat* protetti, mentre, la fattispecie in esame non ricorre in caso di colpa o dolo del responsabile. Pertanto, delle due l'una: o la fattispecie in questione si riferisce alle attività pericolose, e allora sarebbe stato quantomeno opportuno un rimando più preciso alle medesime, oppure la stessa riguarda le attività non rischiose ma, in tal caso, sarebbero necessarie alcune precisazioni per garantire l'organicità (e la logicità) del sistema in esame⁵².

L'applicazione di questa fattispecie, infine, potrebbe sollevare molte incertezze considerato che non sono previsti appositi parametri in base ai quali determinare lo *standard* delle conoscenze scientifiche/tecnologiche da applicare al caso concreto.

Si può passare a questo punto all'esame della norma in generale. Questa pone a carico dell'operatore l'onere di provare che non gli sia attribuibile alcun comportamento doloso o colposo e che il danno sia riconducibile ad una delle due fattispecie di esonero⁵³. Perciò, mentre l'autorità competente è comunque tenuta a provare un nesso di causalità tra il danno e l'attività svolta dall'operatore, quest'ultimo, per vincere la presunzione *iuris tantum* prevista a suo carico dalla norma in esame, deve fornire la prova liberatoria del ricorrere di entrambe le circostanze succitate (una sorta d'inversione dell'onere della prova⁵⁴). In questo modo, se la direttiva, da un lato prevede due fattispecie di esenzione dai costi della riparazione del danno ambientale, dall'altro

⁵² Nel senso che tale fattispecie potrebbe applicarsi, ad esempio, in caso di colpa "lieve" dell'operatore.

⁵³ La previsione di queste due "cause di esclusione" rappresenta una novità assoluta rispetto alla legislazione italiana in materia di responsabilità per danno ambientale, sul punto si rimanda a MAGLIA - TAINA, *La nuova direttiva CE sul danno ambientale. Responsabilità nuove anche nella gestione dei rifiuti?*, V. www.amblav.it

⁵⁴ «Una sorta» nel senso che non è, a nostro avviso, una vera e propria ipotesi d'inversione dell'onere della prova in quanto, come visto, queste due fattispecie probabilmente sono riferite alle attività pericolose e quindi si applicano a quei casi in cui l'autorità competente non è tenuta comunque a provare l'elemento psicologico dell'operatore responsabile, ma deve solamente fornire la prova del rapporto di causalità tra le azioni o le omissioni compiute dall'operatore nello svolgimento di un'attività pericolosa e il danno ambientale (v. nota 41).

rimette agli operatori che intendono avvalersi di tali circostanze, un onere che, in alcuni casi, potrà rivelarsi particolarmente complesso da soddisfare⁵⁵.

Ed ancora, la scelta di attribuire direttamente agli Stati membri la facoltà di consentire che l'operatore non sia tenuto a sopportare i costi delle azioni di riparazione nei casi sopra esposti, potrebbe determinare delle distorsioni della concorrenza nel mercato comune. In effetti, l'ampia discrezionalità decisionale attribuita agli Stati membri in questo ambito, potrebbe comportare «un'inaccettabile aleatorietà dei costi connessi alle attività produttive (che si rifletterà sull'esposizione finanziaria dell'operatore)»⁵⁶. Anche su questo aspetto, si rinvia a quanto già detto sull'esigenza di unicità del mercato unico concludendo, nuovamente, che sarebbe stato preferibile una norma vincolante ed uniforme per tutti gli Stati membri.

Si consideri, infine, che il ricorrere di queste fattispecie riconurrà i danni ambientali a quei casi in cui l'autorità statale ha la facoltà d'intraprendere o meno le misure di ripristino; ipotesi queste nelle quali, come vedremo in seguito⁵⁷, non è affatto garantita la riparazione delle risorse naturali compromesse.

4. Copertura finanziaria

Per aumentare l'efficienza di un regime di responsabilità civile, il ricorso alla copertura finanziaria, in particolare assicurativa, è fondamentale. Come noto, infatti, tale scelta, da un lato favorisce la "vittima" (quindi il pubblico), in quanto aumenta le possibilità di ottenere un pronto risarcimento e minimizza il rischio d'insolvenza; dall'altro lato, permette all'impresa, mediante l'assorbimento nei suoi costi dell'equivalente dei premi assicurativi, di imputare parte del rischio della sua attività all'assicuratore.

Un discorso a parte, comunque, deve essere fatto per il sistema in esame visto che il legislatore europeo, in considerazione della scarsa disponibilità sul mercato finanziario europeo di prodotti adeguati, ha escluso l'introduzione immediata di un regime obbligatorio di garanzia finanziaria, che «non è né realizzabile, né auspicabile»⁵⁸.

In tale ottica, è stato preferito un approccio progressivo ai sensi del quale «Gli Stati membri adottano le misure per incoraggiare lo sviluppo (...) di

⁵⁵ Come, ad esempio, fornire la prova di un non aver tenuto un comportamento colposo.

⁵⁶ Cfr. Commissione giuridica e per il mercato interno, Raccomandazione per la seconda lettura del Parlamento, *cit. supra*, nota 15, p. 11.

⁵⁷ V. *infra*, par. 7.

⁵⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla posizione comune, doc. C5/2003/1027 del 19 settembre 2003, documento disponibile al sito Internet <http://europa.eu.int/eur-lex/>.

strumenti e mercati di garanzia finanziaria, compresi meccanismi finanziari in caso di insolvenza (...)» (art. 14, par. 1).

Questa previsione lascia alquanto liberi gli Stati membri di agire al riguardo ed, inoltre, non prevede, né l'obbligatorietà di tale forma di garanzia, né, tantomeno, fissa condizioni o *standard* minimi di riferimento volti alla creazione di un mercato finanziario europeo uniforme.

In ogni caso, sempre ai sensi della direttiva, la Commissione, anteriormente al 30 aprile 2010, è tenuta a riferire (tramite una relazione) in merito alle condizioni ed ai costi delle garanzie finanziarie per le attività contemplate nell'Allegato III e «Alla luce di tale relazione e di una valutazione appropriata sull'impatto (...) la Commissione presenta, se del caso, proposte per un sistema di garanzia finanziaria obbligatoria armonizzata»⁵⁹.

Pertanto, nella prima fase, si lasciano gli Stati membri liberi di agire sui nuovi mercati finanziari e ricorrere alle coperture che ritengano necessarie in base alle proprie esigenze specifiche (che dipenderanno ad esempio dal tipo d'industria, dall'esistenza di fondi, da decisioni politiche, etc.), e alle condizioni offerte dagli stessi mercati. Poi, in un secondo momento, la questione è rimessa alla Commissione che, se opportuno, ed alla luce dell'esperienza maturata nei rispettivi mercati nazionali europei, presenterà proposte per rendere obbligatori e armonizzati tali strumenti e sistemi di garanzia finanziaria. Si tratta, in definitiva, di una scelta appropriata perché, come rilevato in precedenza, la direttiva evidenzia delle lacune proprio riguardo ad alcune condizioni atte ad assicurare la responsabilità ambientale. Ci riferiamo alle norme in tema di pluralità dei soggetti responsabili e all'aleatorietà legata alla misurazione (e quantificazione) dei rischi, dei danni ambientali e dei costi conseguenti. In ogni caso, oltre all'indiscussa necessità di determinazioni più puntuali per incidere positivamente sui mercati finanziari⁶⁰, è soprattutto la mancanza di "esperienza" degli operatori del settore riguardo ai costi della riparazione, ed in particolare rispetto ai danni alle specie e agli *habitat*, a rendere difficile l'applicazione immediata di una copertura finanziaria assicurativa obbligatoria.

Si ritiene, peraltro, che il ricorso a qualsiasi forma di garanzia finanziaria possa funzionare soltanto in presenza di limiti finanziari (massimi) alla re-

⁵⁹ Cfr. art. 14, par. 2. Questo paragrafo è opera del Comitato di conciliazione e costituisce un *trait d'union* tra le posizioni contrastanti del Parlamento e del Consiglio in particolare su tre punti: 1. la data di presentazione della relazione; 2. il potere o dovere della Commissione di presentare, all'esito della relazione, delle proposte per un sistema di garanzia finanziaria obbligatoria armonizzata; 3. specificazione del contenuto delle proposte. Cfr. Relazione della delegazione del Parlamento europeo presso il Comitato di conciliazione sul progetto comune, doc. A5-0139/2004, dell'11 marzo 2004, p. 4, v. sito Internet <http://europa.eu.int/eur-lex/>.

⁶⁰ Tale aleatorietà, tuttavia, ai fini della previsione dei costi di gestione della copertura assicurativa, è stata mitigata dalla direttiva tramite una maggiore chiarezza nella determinazione di definizioni e metodi in sede di riparazione.

sponsabilità degli operatori. La direttiva tace al riguardo⁶¹, ma inserisce «un massimale per la garanzia finanziaria» tra gli aspetti che saranno trattati dalla Commissione nella relazione citata. Di qui, e in considerazione dell'incidenza di tali massimali sia sui premi assicurativi, che sulla concreta presenza delle somme necessarie per un'adeguata riparazione, ci si auspica che la Commissione intervenga al riguardo.

In conclusione, se da una parte è opportuno dare al mercato finanziario/assicurativo la possibilità ed il tempo necessari per la creazione di forme adeguate di garanzia, di converso l'obbligatorietà di una copertura finanziaria è fondamentale per evitare i pericoli d'insolvenza dell'operatore responsabile del danno ambientale. Il legislatore europeo, distanziandosi nettamente da quanto invece previsto dalla proposta del 2002⁶², non affronta minimamente il tema dell'eventuale insolvenza del soggetto responsabile, lasciando, così, una pericolosa lacuna sul punto.

In via interpretativa, comunque, si potrebbe far rientrare tale ipotesi in quei casi in cui è prevista la facoltà della pubblica autorità di adottare, comunque, le misure di prevenzione e riparazione necessarie⁶³. Questa lacuna, tuttavia, ci induce a concludere che una direttiva volta alla prevenzione e riparazione del danno ambientale avrebbe potuto, e dovuto, prevedere in questi casi – quantomeno – la possibilità di ricorrere a fonti alternative di finanziamento. Una soluzione opportuna avrebbe potuto essere l'istituzione di un fondo *ad hoc*⁶⁴ ma, anche su questo punto, il mero riferimento della norma in esame all'adozione da parte degli Stati di misure per «incoraggiare lo sviluppo di (...) meccanismi finanziari in caso d'insolvenza», non sembra sufficiente a garantire l'immediata creazione di appositi fondi nazionali.

Alla luce delle considerazioni svolte, riteniamo che una norma vincolante ed uniforme, almeno su questo punto, fosse necessaria e doverosa.

⁶¹ Nella proposta del 2002, *cit. supra*, nota 7, la Commissione motivava tale scelta in base alla circostanza che la presenza di detti limiti nell'esperienza americana, ha determinato, in alcuni casi, dei massimali troppo bassi rispetto alle concrete esigenze. Di converso, sulla necessità di limiti determinati, si è espressa la *Relazione Manders*, *cit. supra*, nota 22, emendamento 9, nonché la Raccomandazione per la seconda lettura del Parlamento, *cit. supra*, nota 15, emendamento 22.

⁶² Cfr. art. 6, par. 1, lett. b., c.

⁶³ V. *infra* par. 7, casi previsti dall'art. 5 par. 3 e dall'art. 6 par. 2 alle lett. b. e c.

⁶⁴ Un fondo del genere è già presente sia nell'esperienza americana (per questo il C.E.R.C.L.A. è anche noto come "Superfund"), sia in molti strumenti internazionali: v. Convenzione H.N.S. del 1996 art. 13 e la Convenzione internazionale del 1992 istitutiva di un Fondo internazionale per l'indennizzo dei danni derivanti da inquinamento da idrocarburi (cui è stato annesso nel 2003 un Protocollo che istituisce un ulteriore fondo complementare, v. art. 2.1). Si veda inoltre, per quanto riguarda la legislazione italiana, il dm 14 ottobre 2003 «Disciplina sulle modalità di funzionamento ed accesso al fondo di rotazione istituito ai sensi del comma 9-bis dell'art. 18 della l. n. 349 del 1986», in *Guri* n. 99 del 28 aprile 2004.

5. La riparazione dei danni ambientali⁶⁵

In materia di prevenzione e riparazione la direttiva prevede che, in un primo momento, quando ancora non si è verificato alcun danno ambientale, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore sia tenuto ad adottare, senza indugio, le misure di prevenzione necessarie (art. 5, par. 1). A tal fine, l'autorità nazionale competente potrà: chiedere all'operatore di fornire informazioni sull'entità della minaccia, indicare all'operatore le operazioni in questione, o adottarle essa stessa.

Quando invece si è realizzato il danno ambientale, l'operatore deve comunicare prontamente all'autorità competente tutti gli aspetti pertinenti della situazione, ed adottare sia gli accorgimenti necessari per limitare e prevenire ulteriori danni ambientali (o effetti nocivi per la salute umana), sia le misure di riparazione necessarie. Quest'ultime vengono individuate dall'autorità competente ai sensi dell'Allegato II⁶⁶. A questo punto, e prima di esaminare nel dettaglio le scelte operate dal legislatore europeo su come determinare in concreto le misure di riparazione, sono opportune due premesse.

Innanzitutto, bisogna rilevare che permangono nelle attuali legislazioni ambientali (internazionali, europee e nazionali⁶⁷) molte incertezze per quanto concerne la precisa valutazione del danno ambientale (antecedente logico necessario per attuare una efficace riparazione). In effetti, la mancanza di criteri e metodi riconosciuti in modo univoco dalla comunità internazionale e dalla dottrina rende tale stima alquanto incerta. Proprio per superare tali difficoltà, il legislatore europeo adotta un approccio che favorisce la riparazione dei danni rispetto a eventuali risarcimenti monetari.

Sotto un altro profilo, non si può non rilevare che la direttiva distingue le norme in tema di riparazione a seconda delle risorse compromesse: in particolare, stabilisce un insieme coordinato ed esaustivo di disposizioni per i danni alla specie e agli *habitat* e per il danno alle acque, ed una singola norma chiave per i pregiudizi al suolo.

⁶⁵ Su questo argomento la direttiva riprende l'approccio seguito dalla Commissione sulla base dell'esperienza americana del C.E.R.C.L.A. in materia di ripristino del danno alle risorse naturali, in materia si veda lo studio disponibile all'indirizzo Internet <http://europa.eu.int/comm/environment/liability/biodiversity.htm>.

⁶⁶ Corrisponde all'Allegato II della proposta ma è stato riformulato per evidenti ragioni di comprensibilità e chiarezza. In quest'ottica sono state inserite le definizioni e gli obiettivi pertinenti, riformulati alcuni punti e soppresse diverse norme, v. *infra*.

⁶⁷ Cfr. art. 18 della l. n. 349/86, comma 6, in *Guri* n. 162 del 15 luglio 1986, *suppl. ord.*: «Il giudice ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali».

La riparazione del danno alle specie e agli *habitat* e l'inquinamento delle acque è principalmente conseguita riportando le risorse ed i relativi servizi⁶⁸ danneggiati allo "*status quo ante*" (riparazione primaria); e compensando la "perdita temporanea" di tali componenti e servizi durante lo svolgimento delle operazioni di ripristino (riparazione compensativa)⁶⁹.

La riparazione primaria mira a restituire «le risorse ed i servizi danneggiati alle e verso le condizioni originarie». Nell'ipotesi in cui tale forma di riparazione non dia luogo alla "*restitutio in integrum*", la direttiva introduce il concetto innovativo di riparazione complementare, ovvero di misure e azioni che mirano ad ottenere, se opportuno in un sito alternativo, «un livello di risorse e servizi naturali analogo a quello che si sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tornato alle condizioni originarie» (punto 1.1.2 Allegato II).

Con il termine riparazione compensativa, invece, s'intendono le azioni di risanamento intraprese, anche in un sito alternativo, per risarcire la perdita temporanea di risorse e di servizi naturali durante il periodo di ripristino⁷⁰. In sostanza, le componenti ambientali oltre al loro valore intrinseco svolgono dei servizi, delle funzioni, sia a favore di ulteriori risorse (ad esempio, una zona paludosa che costituisce un luogo di sosta abituale per alcuni uccelli migratori), sia nei riguardi dell'uomo (come nel caso di alcune persone che si recano in detta zona paludosa per osservare gli uccelli migratori). Queste operazioni sono finalizzate, principalmente, a sostituire i servizi compromessi dal danno ambientale: ad esempio, nel caso in cui in una zona paludosa protetta fosse dispersa, a causa di un incidente ferroviario⁷¹, una quantità di sostanze nocive, l'autorità competente potrebbe decidere di attendere il recupero naturale di tale zona e contestualmente predisporre in un'area adiacente un *habitat* simile a quello compromesso, al fine di accogliere sia gli uccelli nel periodo di migrazione, che gli individui che intendono osservare tali uccelli (tramite la costruzione di apposite strutture)⁷².

⁶⁸ Cioè le funzioni svolte dalle risorse naturali a favore d'altre risorse o del pubblico (art. 2, par. 13).

⁶⁹ La riparazione di queste risorse naturali deve, infine, «(...) sopprimere qualsiasi rischio significativo di effetti nocivi per la salute umana» (punto 1 Allegato II).

⁷⁰ Per spiegare questa forma di riparazione si può fare l'esempio di un'automobile danneggiata a seguito di un sinistro automobilistico. In questo caso, il ripristino compensativo mira a compensare alla vittima la perdita del servizio di trasporto durante la riparazione del veicolo danneggiato e potrà consistere nell'affidamento di un'auto sostitutiva.

⁷¹ Che non rientri nel campo d'applicazione della convenzione C.R.T.D. del 1989.

⁷² Questa forma di riparazione che, comunque, non implica alcuna forma di compensazione finanziaria al pubblico (punto 1.1.3 Allegato II), è stata ripresa dalla legislazione americana anzidetta e rappresenta una novità significativa in tema di risanamento dell'ambiente. Parte della dottrina, tuttavia, ha espresso forti critiche al riguardo, evidenziando che, in questo modo, l'operatore sarà responsabile per una somma maggiore rispetto a quella dovuta per la "sola" riparazione delle risorse e/o servizi naturali danneggiati, cfr. BERGKAMP, *The Proposed Environmental Liability Regime*, in *European Environmental Law Review*, 2002, p. 331. In tale ordine d'idee si è espressa anche la Commissione giuridica e per il mercato interno che, nella Raccomandazione per la seconda lettura del Parlamento, *cit. supra*, nota 15, ha rilevato che «(...) un risanamento compensativo (...), non

Quanto alla concreta determinazione delle misure in esame, l'autorità competente deve iniziare dalla riparazione primaria, prendendo in considerazione, preliminarmente, la possibilità di un recupero naturale, cioè senza l'intervento dell'uomo e, poi, altre azioni per restituire le risorse compromesse alle condizioni originarie in tempi brevi.

A loro volta, le misure di riparazione complementare e compensativa devono essere individuate dalla stessa autorità alla luce delle scelte operate in sede di riparazione primaria e tramite il ricorso a metodi d'equivalenza (risorsa-risorsa, servizio-servizio), che mirano a introdurre componenti e servizi dello stesso tipo, qualità e quantità di quelli danneggiati⁷³. Se non è possibile usare tali criteri, l'autorità è tenuta ad adottare tecniche di valutazione alternativa, come ad esempio la stima monetaria delle risorse e dei servizi naturali compromessi⁷⁴, che verrà rapportata, in seguito, ai costi delle azioni complementari e compensative (punti 1.2.2, 3 Allegato II).

Concentrando la nostra attenzione sui metodi d'equivalenza, si può notare come questi, nell'ambito della riparazione complementare, potranno determinare l'adozione di azioni atte a realizzare una sorte di risarcimento «per equivalente» delle risorse e dei servizi compromessi⁷⁵. Tale disposizione cerca chiaramente di risolvere i problemi connessi alla *restitutio in integrum* delle risorse naturali danneggiate e/o distrutte⁷⁶ ed è, pertanto, pienamente con-

mira invece al ripristino dell'ambiente, ma evidenzia tratti di un sistema sanzionatorio o di risarcimento dei danni che non ha più nulla a che vedere con le finalità della direttiva (...)» (motivazione emendamento 7). Riguardo a quest'ultima considerazione va precisato, comunque, che il danno ambientale non lede un singolo diritto privato di credito – che obbliga al mero risarcimento – ma danneggia in generale l'interesse "diffuso" dei cittadini dell'Unione europea alla protezione dell'ambiente (cfr. *considerando* 25). Nella stessa direzione si tenga a mente, inoltre, che la direttiva si riferisce solamente alla responsabilità civile dell'operatore, mentre, a nostro avviso, sono molto più sanzionatori quei sistemi nazionali, come quello italiano, che configurano in relazione ad alcuni danni ambientali degli appositi illeciti penali (si vedano l'art. 13 del dlgo n. 372/99 e l'art. 51 *bis* del "decreto Ronchi").

⁷³ Punto 1.2.2 Allegato 2. Nella proposta della Commissione questa norma richiedeva, inoltre, d'introdurre risorse o servizi naturali di "valore" comparabile a quelle danneggiate e distrutte, intendendo per valore la quantità massima di beni, servizi o denaro che un individuo è disposto a cedere per ottenere, o a ricevere per rinunciare a, l'uso diretto, ma non meramente economico (in dottrina, infatti, si parla di "Use Values" e "Non Use Values") delle risorse naturali interessate, come ad esempio il passeggiare nei sentieri, la navigazione da diporto o l'osservazione delle specie animali e vegetali. Tuttavia, l'aleatorietà di tale definizione e le ripercussioni della stessa in tema di riparazione dei danni ambientali hanno spinto il legislatore europeo a eliminare tale concetto.

⁷⁴ «Se la valutazione delle risorse e/o dei servizi perduti è praticabile, ma la valutazione delle risorse (...) di sostituzione non può essere eseguita in tempi e a costi ragionevoli, l'autorità competente può scegliere misure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse (...) e servizi perduti», punto 1.2.3 Allegato II. Ma se la stima monetaria delle componenti ambientali perdute non fosse possibile? V. *infra*.

⁷⁵ Questa forma di "riparazione per equivalente", ci ricorda quella prevista dalla Convenzione di Lugano, art. 2.8, *cit. supra*, nota 2. Tale strumento internazionale regionale, come detto nelle prime pagine del nostro lavoro, costituisce una delle fonti alle quali si è ispirato il legislatore europeo per redigere la presente direttiva.

⁷⁶ In effetti, come si ricorderà (v. nota 29), alcune esperienze internazionali in tema di protezione dell'ambiente hanno evidenziato che la previsione di un ripristino "ragionevole" allo *status*

divisibile. Di converso, tuttavia, è doveroso precisare come nella realtà siano, comunque, possibili dei casi che per loro stessa natura esulano dal concetto stesso di *restitutio* (sia *in integrum* che per equivalente), come ad esempio la scomparsa definitiva di una specie animale o vegetale.

Passando alle tecniche di valutazione alternative, ed in particolare alla stima monetaria, va precisato che la direttiva non offre alcun criterio utile a valutare economicamente i pregiudizi ambientali. Probabilmente, anche su questo aspetto si rinvierà al diritto nazionale che, però, non è detto risolva in modo chiaro e preciso tale lacuna⁷⁷.

Una volta che l'autorità competente abbia elaborato una gamma ragionevole di opzioni di riparazione (primarie, compensative e complementari), queste verranno valutate singolarmente sulla base di determinati criteri, ad esempio: 1. gli effetti sulla salute e sicurezza pubblica; 2. il costo di realizzazione; 3. la probabilità di successo; 4. effetti sociali, culturali ed economici; 5. tempo necessario per la riparazione, (punto 1.3.1 Allegato II).

La direttiva non stabilisce una particolare "gerarchia" tra tali canoni, né individua con precisione il contenuto degli stessi; perciò sarà interessante vedere come agiranno in concreto le autorità competenti. Il «costo d'attuazione», ad esempio, appare un criterio alquanto generico se non riferito ad appositi coefficienti di proporzionalità o a specifiche tabelle.

La direttiva stabilisce, inoltre, che: «Nel valutare le diverse opzioni di riparazione, possono essere scelte misure di riparazione primaria che non riportano completamente l'acqua o le specie e gli *habitat* naturali protetti danneggiati alle condizioni originarie (...) soltanto se le risorse naturali e/o i servizi perduti sul sito primario (...) sono compensati aumentando le azioni complementari o compensative (...). È il caso, per esempio, di risorse /servizi equivalenti forniti altrove a costo inferiore» (punto 1.3.2 Allegato II)⁷⁸.

quo ante può, in concreto, condurre ad una situazione di stallo nel caso in cui tale *restitutio* sia tecnicamente o economicamente impossibile.

⁷⁷ Come dicevamo all'inizio, mancano ancora dei riferimenti precisi in tema di misurazione e valutazione del danno ambientale. È il caso ad esempio dell'art. 18 della l. n. 349/1986, *cit. supra*, nota 67, e del riferimento, spesso adottato dai Tribunali, in sede di applicazione di tale norma, al profitto conseguito dal soggetto responsabile. Sull'argomento si rimanda a SCHIESARO, "Chi inquinava paga": una nuova frontiera nella liquidazione del danno ambientale ex art. 18, legge 349/86, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, p. 167.

⁷⁸ Tale norma viene derogata da una disposizione successiva ai sensi della quale l'autorità può decidere di non intraprendere ulteriori misure, qualora quelle già adottate escludano la presenza di un rischio per l'uomo e le risorse in oggetto, o se i costi delle misure per raggiungere le condizioni originarie (o un livello simile), siano sproporzionati rispetto ai vantaggi ambientali ricercati (punto 1.3.3 Allegato II). A prescindere dalla considerazione che l'espressione «ulteriori misure» non è affatto chiara, nel senso che non si comprende a quali misure si riferisce, e mettendo l'accento sulla proporzionalità dei costi della riparazione, riteniamo questa scelta opportuna a limitare il ripristino nelle ipotesi in cui tali costi si presentino come inadeguati o illogici rispetto alle componenti ambientali compromesse (anche per evitare spiacevoli ripercussioni in tema assicurativo). La direttiva, tuttavia, non fa alcun riferimento ad apposite tabelle, coefficienti o schemi per determinare, in concreto, il margine di proporzionalità tra il costo delle misure di riparazione necessarie e i benefici (o il valore monetario?) delle risorse naturali compromesse e ciò potrebbe creare molti dubbi in sede

È opportuno evidenziare, comunque, che a fronte degli enormi passi in avanti compiuti dal legislatore europeo in tema di riparazione, specialmente riguardo al ripristino compensativo e complementare, permangono, almeno a parere di chi scrive, grossi dubbi sull'incidenza pratica di queste norme. In particolare, l'introduzione di una sorta di risarcimento per equivalente, criterio già conosciuto almeno teoricamente in campo internazionale ma ancora scarsamente utilizzato, è un'ottima soluzione nei casi in cui non sia possibile restituire le risorse ambientali compromesse alle condizioni originarie. Si tratta, in sostanza, di una scelta efficace, atta a realizzare soluzioni equivalenti, anziché a riprodurre, anche a prescindere dal costo, la situazione precedente all'evento dannoso. Ma se, *prima facie*, questa soluzione sembra essere una sorta di *extrema ratio*, tuttavia, la possibilità prevista per l'autorità competente di scegliere misure primarie che non riportino completamente alle condizioni originarie, salvo estendere la riparazione complementare e compensativa, unita all'esplicito rinvio, a titolo di esempio, a risorse/servizi forniti altrove a costo inferiore, potrà invece determinare una sorta di *effetto boomerang*. In sostanza, il rischio è di agevolare uno schema di riparazione che, più che puntare alla riparazione dei danni sofferti dalle risorse e servizi naturali, mira a fornire risorse analoghe a quelle danneggiate e/o distrutte, a costi inferiori, e in località diverse: aggirando così sia il dogma del risarcimento del danno (quale conseguenza della responsabilità), che i fini ispiratori della direttiva.

Sempre su questa falsariga si rileva la mancanza di canoni relativi alla stima monetaria delle risorse e servizi compromessi, nonché, in generale, l'incertezza dei criteri previsti per la valutazione delle opzioni di riparazione. Tali regole sembrano, in effetti, troppo flessibili e, perciò, si corre il rischio che le stesse si prestino eccessivamente a interpretazione e/o integrazioni delle autorità statali creando difformità applicativa. Valutare tutti i criteri citati, inoltre, potrà essere un compito alquanto lungo e dispendioso per la neonata autorità competente⁷⁹, con ripercussioni negative sulla durata della riparazione del danno ambientale.

Per il danno al suolo, invece, la direttiva prevede che l'autorità competente adotti le misure necessarie per diminuire, eliminare o circoscrivere gli agenti inquinanti ivi presenti, in modo che il terreno contaminato, tenuto conto del suo uso attuale o futuro, non presenti più un rischio significativo per la salute umana⁸⁰. Riguardo alle azioni da intraprendere, però, la direttiva fa rife-

di applicazione. Non comprendiamo, infine, il motivo in base al quale la proporzionalità è stata riferita solamente alle ulteriori misure di riparazione, invece che riferirsi ai costi della riparazione in generale.

⁷⁹ Che potrà non avere a disposizione dati di riferimento riguardo ai danni alle specie ed agli *habitat*, dal momento che questa forma di danno non è prevista da tutti gli Stati membri.

⁸⁰ La presenza del rischio è valutata mediante procedure di valutazione che si riferiscono alle caratteristiche e alle funzioni del terreno, nonché al tipo e alla concentrazione delle sostanze inquinanti; l'utilizzo del terreno, invece, viene determinato sulla base delle normative sull'assetto terri-

rimento solamente al recupero naturale, ovvero il ritorno alle condizioni originarie senza l'intervento dell'uomo (punto 2 Allegato II).

Orbene, questa singola previsione evidenzia un approccio riduttivo⁸¹ riguardo al ripristino del terreno. In effetti, da un lato, non fornisce criteri esaurienti su come riparare in concreto tali danni; dall'altro, i riferimenti all'uso futuro del terreno e al rischio per l'uomo, sembrano escludere dal risanamento tutti quei danni che, ad esempio, riguardano terreni distanti da qualsiasi insediamento umano (sebbene, come si ricorderà, la definizione di danno parla anche di effetti indiretti). Si ritiene, comunque, che il legislatore comunitario nello stabilire questa norma, abbia tenuto a mente che molti Stati membri hanno già delle legislazioni specifiche sui siti contaminati che, in virtù dell'art. 16⁸², potranno influire in materia⁸³.

Per concludere sulla riparazione in generale, è doveroso sottolineare che la Commissione è tenuta a presentare anteriormente al 30 aprile 2010 «una relazione in merito all'efficacia della direttiva in termini di effettiva riparazione» (art. 14, par. 2). In questo modo, quindi, il legislatore europeo, dimostrando di comprendere le difficoltà e le incertezze presenti in materia, si dà un termine per una futura disamina e per un eventuale riesame delle norme (e delle lacune) in tema di ripristino.

6. I compiti e le facoltà delle autorità statali

A questo punto è opportuno affrontare l'aspetto sul quale la direttiva si distanzia maggiormente dalla proposta originaria della Commissione: la responsabilità statale sussidiaria.

Preliminarmente, va rilevato che la direttiva riprende lo schema di diritto pubblico amministrativo, combinato con istituti privatistici, previsto dalla proposta del 2002. Gli Stati membri, infatti, sono tenuti a designare delle autorità nazionali competenti alle quali spettano i compiti di: individuare l'ope-

toriale (punto 2 Allegato II). Ad ogni modo, non comprendiamo il motivo in base al quale in sede di definizione del danno al suolo non vengono minimamente richiamati criteri per individuare la «(...) contaminazione del terreno che reca un rischio significativo di effetti negativi sulla salute umana», mentre qui, in sede di riparazione, si rimanda ai criteri sopra citati.

⁸¹ In tale ordine d'idee si veda GIAMPIETRO, *La linea evolutiva del danno ambientale sino alla disciplina dei siti inquinati. Confronto con la Proposta di Direttiva europea COM/2002/0017*, articolo disponibile al sito internet: www.provincia.fe.it/.

⁸² Cfr. *infra*, par. 9.

⁸³ Tale circostanza (unita alla considerazione che la riparazione del danno in questione è sottoposta ad un regime di riparazione particolare ed al rilievo che la contaminazione del suolo non produce danni ambientali transfrontalieri), ha spinto parte della dottrina a sostenere che questa fattispecie di danno dovrebbe essere lasciata alle legislazioni dei singoli Stati membri, già ben sviluppate al riguardo (anche per rispettare il principio di sussidiarietà), cfr. BERGKAMP, *The Proposed Environmental*, cit. *supra*, nota 37, p. 309.

ratore che ha causato il danno, valutare la gravità del pregiudizio ambientale e determinare le misure di riparazione da prendere (art. 11, par. 2)⁸⁴.

Le stesse autorità hanno, inoltre, la facoltà di:

- a. chiedere all'operatore di fornire informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno o danno verificatosi;
- b. chiedere all'operatore di prendere le misure di prevenzione e/o riparazione necessarie;
- c. dare all'operatore le istruzioni riguardo alle misure da adottare;
- d. adottare essa stessa tali misure, per poi recuperare il relativo importo dall'operatore⁸⁵.

In ogni caso, la direttiva dispone che, se l'operatore non si conforma alle richieste avanzate dall'autorità competente (di cui alle lett. b. e c.), o non possa essere individuato o non sia tenuto a sostenere i costi delle misure necessarie ai sensi della direttiva⁸⁶, «l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure (...) qualora non le rimangano altri mezzi» (artt. 5, par. 4 e 6, par. 3).

Queste previsioni, riconducibili a norme di carattere amministrativo⁸⁷, assicurano la riparazione dell'ambiente anche in ipotesi che normalmente esulano dai normali schemi di diritto civile. Si fa riferimento a quei casi in cui, ad esempio, il proprietario delle risorse naturali compromesse non agisca in giudizio, oppure non usi le somme del risarcimento per ripristinare l'ambiente. I regimi di diritto civile, inoltre, potrebbero presentare incertezze riguardo ai danni sofferti dai beni ambientali di proprietà degli Stati⁸⁸. Quindi, per evitare tutti gli inconvenienti citati e garantire l'effettiva riparazione delle risorse naturali tutelate ai sensi della direttiva, si stabilisce un sistema "ibrido" che combina elementi di diritto pubblico/amministrativo con istituti civilistici⁸⁹.

⁸⁴ In sostanza l'autorità *de quo* agisce come una specie di garante delle risorse naturali protette dalla direttiva, soluzione questa che ci ricorda la U.S. Environmental Protection Agency (E.P.A.) prevista dal C.E.R.C.L.A.

⁸⁵ Cfr. il combinato disposto dell'art. 5, par. 3 e art. 6, par. 2.

⁸⁶ Tale ipotesi ricorre sia quando l'evento dannoso è riconducibile all'atto di un terzo o all'osservanza di una misura obbligatoria, sia quando ricorrano le altre due fattispecie di esonero dei costi della riparazione (v. par. 4).

⁸⁷ In quanto finalizzate ad istituire, anche, dei "rapporti" tra le autorità in questione da un lato, i singoli operatori responsabili e le altre parti interessate dall'altro.

⁸⁸ Come nel caso in cui i regimi nazionali di diritto civile non includano tali danni tra i pregiudizi risarcibili e questa mancanza non sia compensata da apposite norme di diritto pubblico. È opportuno ricordare, inoltre, che la valutazione di tali beni, e dei relativi danni, richiede dati e stime che spesso necessitano decisioni e stime anche politiche.

⁸⁹ La scelta risale al Progetto di lavoro pubblicato dalla Commissione nel luglio 2001 che, auspicando lo spostamento del baricentro dalla responsabilità civile e il risarcimento alla prevenzione e riparazione del danno ambientale, segnò un punto di svolta nei lavori sul futuro regime di responsabilità, rispetto agli orientamenti evidenziati nel Libro Bianco del 2000. cfr. BERGKAMP, *The Commission July 2001 Working Paper on Environmental Liability: Civil or Administrative Law to Prevent and Restore Environmental Harm?*, in *Environmental Liability*, 2001, p. 207-216.

Focalizziamo ora sulla norma ai sensi della quale l'autorità nazionale, in determinati casi e qualora non le rimangano altri mezzi, ha facoltà di adottare le misure di prevenzione e riparazione necessarie. Orbene, dal confronto tra questa disposizione e quella stabilita ai sensi della proposta di direttiva del 2002 («(...) gli Stati membri garantiscono l'adozione delle misure necessarie (...)»)), balza agli occhi l'evidente cambio di direzione operato dal legislatore europeo riguardo alla sostituzione di un dovere «garantiscono» con un potere discrezionale «ha facoltà». La proposta del 2002 stabiliva una vera e propria ipotesi di *responsabilità statale sussidiaria*, in linea con lo schema di diritto amministrativo di cui sopra e consona agli obiettivi della direttiva. La stessa disposizione, infatti, imponendo agli Stati membri di adottare qualsiasi disposizione idonea, secondo i sistemi giuridici nazionali, a garantire il finanziamento e la realizzazione delle misure preventive e di riparazione necessarie⁹⁰, segnava un importante passo in avanti nel cammino verso un regime efficace di responsabilità per danni all'ambiente⁹¹. Come opportunamente evidenziato da parte della dottrina, la norma proposta, contemplando anche l'ipotesi d'insolvenza dell'operatore⁹², avrebbe altresì incoraggiato gli Stati membri a considerare più seriamente il tema della copertura finanziaria⁹³. Ma così non è stato, poiché i Paesi membri si sono vivacemente opposti in sede di Consiglio a tale forma di responsabilità⁹⁴.

Tale opposizione, in seguito, si è riflessa sull'*iter* legislativo della norma in esame ed ha portato all'adozione dell'attuale disposizione che, prevedendo una facoltà in luogo di un dovere, delinea un sistema che lascia alla completa discrezione dell'autorità competente la decisione se agire o meno in tali casi, per riparare l'ambiente compromesso. In effetti, non sembra possa più parlarsi di responsabilità statale sussidiaria intesa come rete di sicurezza dei Gover-

⁹⁰ Cfr. Commissione delle Comunità europee, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale, *cit. supra*, nota 7, Introduzione.

⁹¹ È comunque opportuno rilevare che parte della dottrina ha sollevato delle perplessità rispetto al *quantum* di riparazione del danno da attivare in tali casi, ritenendo che il risarcimento dell'intero danno, comprese le perdite *ad interim* e la riparazione per equivalente, riguardasse solamente gli eventi causati da soggetti individuati e solvibili, cfr. LEONI, *La responsabilità e la risarcibilità del danno ambientale*, in *RivistAmbiente*, 2002, p. 1031.

⁹² Cfr. art. 6, par. 1 lett. b., c. La proposta del 2002 prevedeva questa forma di responsabilità statale sussidiaria anche per i danni alla biodiversità commessi senza colpa o dolo, ipotesi queste che venivano ricondotte a quei casi in cui l'operatore non era tenuto a sostenere i costi della riparazione. Sul punto merita rilevare che la direttiva non prevede nulla al riguardo e anzi, nel *considerando* 9, stabilisce. «In tali casi l'operatore sarebbe responsabile ai sensi della presente direttiva, soltanto quando vi sia il dolo o la colpa di detto operatore». V. inoltre *infra*, par. 4.

⁹³ Cfr. THORNTON, *Environmental Liability, - a skinking mirage or the most realistic attempt so far?*, in *Journal of Planning and Environmental Law*, 2003, p. 279.

⁹⁴ Cfr. Discussioni al Consiglio dell'ambiente del 25 giugno 2002, *Press Releases* 2002 C/02/180, articolo disponibile al sito Internet <http://europa.eu.int/eur-lex/>.

ni nazionali per garantire la riparazione dei danni ambientali tutelati ai sensi della direttiva⁹⁵.

Occorre rilevare, peraltro, come manchi qualsiasi riferimento alle circostanze in presenza delle quali l'autorità competente è chiamata a operare tale scelta. Nel silenzio della direttiva, riteniamo che l'autorità competente deciderà se agire, o meno, in base alla ragionevolezza per la società dei costi della prevenzione e riparazione. Questa conclusione trova conferma, da un lato nella considerazione che tale scelta non potrà basarsi sulla gravità del danno ambientale⁹⁶ e, dall'altro nel testo stesso della direttiva che indica come obiettivo del regime «istituire una disciplina comune per la prevenzione e la riparazione del danno ambientale a costi ragionevoli⁹⁷ per la società» (*considerando* n. 3).

In definitiva, la scelta è rimessa *in toto* all'autorità competente che deciderà con piena discrezionalità al riguardo. In ogni caso, la mancanza di criteri precisi sui quali fondare tale importante valutazione (che riflette analoghe lacune in materia di riparazione), introdurrà sicuramente molta incertezza sul punto. È necessario, perciò, porre l'accento sull'inadeguatezza di una disciplina che lascia margini di proporzionalità così ampi ai Paesi membri. Dello stesso parere è la Commissione che ha espresso la propria preferenza per la fissazione di condizioni più severe, poiché le norme esaminate pongono una seria ipotesi sull'efficacia del regime istituito dalla direttiva⁹⁸. Sempre sul punto, si ritiene che la direttiva avrebbe dovuto prevedere, altresì, un'apposita *authority* centrale europea competente a sindacare le decisioni delle autorità nazionali relative all'adozione delle misure di prevenzione e riparazione.

Per concludere sul punto, è necessaria una ulteriore osservazione. Le considerazioni svolte, ci riconducono al delicato tema della concreta disponibilità da parte dell'autorità competente di appositi fondi pubblici per attuare la riparazione. In effetti, la stessa autorità potrebbe, teoricamente (nella sua piena e totale discrezionalità), decidere di non agire se, ad esempio, mancassero le coperture economiche necessarie. In ogni caso, si ricorda che, ai sensi dell'art. 175, comma 4 del Trattato CE: «gli Stati membri provvedono al finanziamento e all'esecuzione della politica in materia ambientale».

⁹⁵ Cfr. sul punto quanto detto alla nota 22.

⁹⁶ In quanto questo pregiudizio è comunque riparabile (sebbene non restituibile allo *status quo ante*), e alla maggiore gravità dello stesso, corrisponderà un incremento dei relativi costi di riparazione.

⁹⁷ Tale ragionevolezza economica inoltre, a nostro avviso, va "calcolata" anche alla luce della definizione di tutela ambientale prevista dalla direttiva, che al riguardo parla di un "*interesse diffuso*" dei cittadini dell'Unione. Questa definizione, che riconduce la protezione dell'ambiente a forme di tutela più concrete ed efficaci, potrà, nondimeno, determinare importi variabili da Stato a Stato a seconda dell'interpretazione e del peso, soprattutto sociale, che le stesse autorità competenti daranno a tale "*interesse*". Sull'argomento, comunque, si rimanda a quanto detto alla nota 31.

⁹⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla posizione comune, *cit. supra*, nota 58, Conclusioni.

Sull'argomento, comunque, sono opportune due ulteriori precisazioni: in primo luogo, sono possibili vie alternative di finanziamento, come la citata previsione di un fondo *ad hoc* e, secondariamente, sono necessarie scelte conformi in tema di garanzia finanziaria. Ma se, da un lato, quest'ultime due soluzioni graverebbero, rispettivamente, sugli Stati membri o sugli operatori del settore la prima⁹⁹, e sulle industrie assicurative la seconda; dall'altro lato, le disposizioni della direttiva evitano tutto ciò, rendendo la riparazione dell'ambiente alquanto aleatoria.

7. Partecipazione del pubblico e accesso alla giustizia

In materia di richieste di azioni ed intervento delle competenti autorità nazionali, la direttiva prevede che le persone fisiche e giuridiche, ivi comprese le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente (conformi ai requisiti previsti dai diritti nazionali):

- che sono o potrebbero essere colpite da un danno ambientale;
- che possono vantare un interesse sufficiente o facciano valere la violazione di un diritto¹⁰⁰;

«sono legittimate a presentare all'autorità competente osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o minaccia imminente (...) di cui siano a conoscenza e a chiedere all'autorità competente di intervenire a norma della presente direttiva» (art. 12, par. 1).

L'autorità competente esaminerà, poi, solo le domande che, corredate dai dati e dalle informazioni pertinenti, mostrino, con verosimiglianza, l'esistenza di un danno ambientale (o minaccia imminente). In seguito, la stessa autorità comunicherà, prontamente, ai soggetti che hanno presentato le osservazioni o la richiesta d'intervento, la sua decisione al riguardo, accompagnata dalla relativa motivazione.

Le persone sopra individuate sono legittimate, altresì, ad avviare appositi procedimenti dinanzi ai tribunali o altri organi pubblici, volti al riesame della legittimità della procedura o del merito delle decisioni, degli atti o delle omissioni dell'autorità competente (art. 13.1).

L'autorità nazionale, inoltre, durante l'elaborazione delle misure di riparazione, invita le persone determinate ai sensi dell'art. 12, par. 1, ed i proprietari dei terreni interessati, a presentare le loro osservazioni al riguardo e le prende in considerazione (art. 7, par. 4).

⁹⁹ Come il fondo previsto dal C.E.R.C.L.A. finanziato da un'imposta sugli operatori del settore. Per un'interessante lettura sull'argomento si rimanda a CIAFANI, *Superfund d'America*, in *La Nuova Ecologia*, 2004, p. 52. Cfr. inoltre quanto detto in tema di fondi alla nota 64.

¹⁰⁰ Entrambe le nozioni sono determinate dagli Stati membri, v. art. 12, par. 1.

Orbene, queste previsioni sono il risultato di un attento riesame operato dal legislatore europeo delle disposizioni della proposta di direttiva del 2002 che, come opportunamente evidenziato dalla dottrina¹⁰¹ e dalle associazioni ambientaliste, non erano conformi al dettato della Convenzione di Aarhus del 1998 in materia di accesso alla giustizia e alle informazioni in materia ambientale¹⁰².

L'individuazione dei destinatari è, ora, opportunamente ampia, e comprende tutti quei soggetti che potrebbero essere "lesi" dal danno ambientale e che vantino un interesse sufficiente o un diritto, entrambi individuati ai sensi delle legislazioni nazionali.

Per quanto concerne le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente, la scelta d'includere tali enti tra i soggetti destinatari è finalizzata a garantire il buon funzionamento del regime nel suo insieme. La necessità dell'intervento di queste associazioni è indiscussa per quanto concerne la tutela dei beni demaniali, mentre maggiori incertezze possono presentarsi per le risorse di proprietà privata. In ogni caso, l'individuazione di questi enti come portatori dell'*interesse diffuso* alla protezione dell'ambiente (v. *supra*) – interesse per il quale non sempre i singoli agiscono o sono in grado di agire – sembra escludere tali dubbi. Questi soggetti potranno in concreto svolgere un ruolo chiave nella fase di esecuzione della direttiva e ciò, in particolare, dipenderà dal rapporto che gli stessi intratterranno con le autorità competenti, o meglio dall'influenza che potranno esercitare sulle stesse autorità che, come visto, in determinati casi possono non intraprendere la riparazione.

Il testo, tuttavia, riguardo a queste associazioni presenta due imperfezioni: innanzitutto, il riferimento ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale potrebbe determinare concrete differenze e discriminazioni tra le varie associazioni ambientaliste presenti nei vari Paesi dell'Unione.

In secondo luogo, la direttiva, non attribuendo alle suddette organizzazioni il diritto di adottare le misure necessarie ed urgenti in presenza di un danno ambientale (o di una minaccia imminente), fa un passo indietro rispetto ad un diritto considerato ormai "acquisito" da tali enti nel panorama internazionale ed europeo in materia di tutela dell'ambiente¹⁰³.

Proseguendo sui soggetti individuati dall'art. 12, è opportuno chiedersi se fra essi vadano compresi anche gli operatori. Conformemente alla Commis-

¹⁰¹ Cfr. BRANS, *EC Proposal for an Environmental Liability Directive: Standing and Assessment of Damages*, in *Environmental Liability*, 2002, p. 138 ss.

¹⁰² In vigore dal 30 ottobre 2001, il testo è disponibile al sito Internet: <http://www.unece.org/env/europe/ppconven.htm>.

¹⁰³ Diritto riconosciuto sia da molti strumenti internazionali, per tutti v. la Convenzione internazionale del 1969 sulla responsabilità civile per i danni derivanti da inquinamento da idrocarburi, art. 1.7, nonché dal *Libro Bianco*. Sul punto si veda inoltre WU CHAO, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, London, Kluwer, 1996, p. 291.

sione¹⁰⁴, propendiamo per una risposta positiva al riguardo visto che questi soggetti potrebbero, in ogni caso, avere interesse all'intervento dell'autorità competente sia per limitare i danni, che per il ricorrere di cause di giustificazione o fattispecie di esonero dei costi della prevenzione e riparazione. Si ricorda, comunque, che l'operatore interessato dai provvedimenti che impongono l'adozione delle misure di prevenzione o riparazione, è contestualmente informato dei mezzi di ricorso di cui dispone secondo la legge vigente nello Stato membro in questione (art. 11, par. 4).

Passando alla procedura di riesame, merita rilevare che l'attuale previsione supera i dubbi e le incertezze prodotte dalla proposta del 2002, la quale attribuiva tale diritto solamente a quei soggetti che avevano, in precedenza, presentato la richiesta d'azione¹⁰⁵.

Quanto alla previsione della possibilità per i soggetti individuati ai sensi dell'art. 12 di presentare osservazioni riguardo qualsiasi caso di danno ambientale, la necessità di tale disposizione, specialmente se riferita alle associazioni ambientaliste, è palese, come detto, per individuare in tali soggetti una sorta di "garante" dell'ambiente e specialmente per assicurare la trasparenza delle decisioni prese dall'autorità in materia di misure di prevenzione e riparazione.

8. Altre disposizioni

Su un altro versante la direttiva, in conformità all'art. 176 del Trattato CE, consente agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più severe in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale, comprese l'individuazione di altre attività da assoggettare al regime, e l'identificazione di ulteriori soggetti responsabili (art. 16). Questa previsione è molto importante dal momento che permette agli Stati di colmare alcune delle lacune evidenziate in precedenza (principalmente in tema di responsabilità)¹⁰⁶. Giova precisare, tuttavia, che questa norma, unita alle altre citate disposizioni che rinviano al diritto nazionale, come più volte ribadito, renderà difficoltosa la creazione di un sistema uniforme.

¹⁰⁴ Secondo la quale, «(...) l'art. 12 par. 1 e l'art. 13 par. 1 (...) consentono all'operatore di avvalersi delle procedure di riesame di cui all'art. 13», e di seguito, «Alla luce del già ampio campo di applicazione delle procedure di riesame di cui all'art. 13, ispirato alla Convenzione di Aarhus, non viene fatto riferimento all'appello», cfr. Comunicazione della Commissione, *cit. supra*, nota 58, p. 11.

¹⁰⁵ Cfr. art. 15 della proposta.

¹⁰⁶ Questo probabilmente avverrà in materia d'inquinamento del suolo e delle acque, dove le legislazioni nazionali sono già sufficientemente sviluppate.

La direttiva è entrata in vigore il 30 aprile 2004 e gli Stati membri hanno tre anni per mettere in atto le disposizioni nazionali necessarie per conformarsi alla direttiva (artt. 19, 20).

Le disposizioni della direttiva, inoltre, non hanno effetto retroattivo nel senso che non riguarderanno i danni causati da eventi/emissioni/incidenti verificatisi prima della data d'attuazione¹⁰⁷.

Il regime non si applicherà neanche ai danni rispetto ai quali siano passati più di trenta anni dalle emissioni/incidenti che li hanno causati. In tal modo s'introduce una scadenza, conforme al principio della certezza del diritto, sufficientemente lunga per coprire i fenomeni d'inquinamento graduale o progressivo, casi nei quali i danni potrebbero manifestarsi anche a molto tempo di distanza dal compimento della relativa attività.

Le cospicue novità introdotte dalla direttiva – e le probabili, conseguenti, incertezze in sede d'attuazione – hanno spinto il legislatore ad introdurre una clausola generale di revisione della normativa in esame. Oltre alla detta relazione della Commissione in tema di garanzia finanziaria e riparazione, la direttiva prevede che gli Stati membri sono tenuti a presentare alla Commissione entro il 30 aprile 2013 dei rapporti sull'esperienza acquisita nell'applicazione della direttiva (art. 18, par. 1). Alla luce di tali relazioni, la Commissione, a sua volta, presenterà entro il 2014 al Parlamento, un resoconto contenente opportune proposte di modifica del regime in oggetto¹⁰⁸.

9. Conclusioni

La direttiva in esame è il risultato di un lungo cammino legislativo finalizzato al raggiungimento di una decisa presa di posizione della Comunità europea in materia di responsabilità ambientale. Proprio per tale ragione la direttiva rappresenta, *in re ipsa*, un importante traguardo per il legislatore e per tutti i cittadini dell'Unione.

D'altra parte, è normale che il raggiungimento di tale rilevante obiettivo abbia richiesto un notevole sforzo legislativo, durato più di dieci anni, volto

¹⁰⁷ Né i pregiudizi che, sebbene verificatosi dopo tale data, derivino da attività poste in essere e terminate prima.

¹⁰⁸ In particolare riguardo:
- all'esclusione dell'inquinamento contemplato negli strumenti internazionali elencati negli Allegati IV e V (art. 4, par. 2 e 4);
- al diritto dell'operatore di limitare la propria responsabilità a norma delle convenzioni internazionali ex art. 4, par. 3;
- applicazione della direttiva al danno causato da OGM;
- applicazione della direttiva in relazione ai danni alle specie e agli *habitat* naturali protetti;
- strumenti internazionali che possono essere inseriti negli Allegati III, IV, V.

alla ricerca del consenso e dell'appoggio di tutte le parti interessate dal futuro regime.

Come prevedibile, questa situazione ha determinato l'adozione di soluzioni ed istituti di matrice fortemente compromissoria i quali, pertanto, non possono essere "letti" ed interpretati esclusivamente in chiave di tutela dell'ambiente, come invece in molti richiedevano.

In ogni caso, gli sviluppi più interessanti emergenti dalla direttiva riguardano la concreta attuazione del principio «chi inquina paga» (previsto dall'art. 174 del Trattato CE), e la previsione di forme innovative di riparazione dei danni ambientali.

Sul primo punto, però, è doveroso sottolineare che il principio in esame rischia di essere applicato solo in modo marginale. La concreta incidenza dello stesso, come visto, potrà essere notevolmente limitata dal ricorrere di apposite fattispecie di esonero dai costi della riparazione. Queste circostanze, dal contenuto alquanto ampio e generico, che sembrano rendere, nella realtà, soggettiva (vale a dire per dolo o colpa), la clausola generale di responsabilità oggettiva prevista dalla direttiva, rischiano d'incidere pesantemente sull'efficacia del futuro regime. Ed in una prospettiva analoga vanno valutate, altresì, le disposizioni in tema di copertura finanziaria.

In definitiva, il sistema non sembra garantire appieno l'attuazione del «chi inquina paga», ma v'è di più: proprio nei casi in cui tale principio non trova applicazione¹⁰⁹ la direttiva richiama la mera facoltà dell'autorità competente di adottare le misure di prevenzione e riparazione necessarie. Questa scelta sarà pure concepibile nell'ottica d'istituire una disciplina comune sulla salvaguardia ed il ripristino del danno ambientale «a costi ragionevoli per la società», tuttavia, come abbiamo spiegato nelle pagine precedenti, non sembra una soluzione idonea ad assicurare l'effettiva tutela delle risorse naturali compromesse.

Si ritiene, pertanto, che il legislatore europeo doveva trovare vie alternative per assicurare la riparazione delle risorse danneggiate in simili circostanze.

In tale ordine d'idee ricordiamo sia la legislazione americana citata ai sensi della quale, nei casi in cui il responsabile non venga individuato o sia insolvente, si rimanda ad un apposito fondo alimentato da una tassa sulle industrie del settore; sia, per quanto riguarda la legislazione italiana, il decreto Ronchi che, in ipotesi analoghe, attribuisce a enti pubblici individuati il dovere di realizzare d'ufficio gli interventi di messa in sicurezza e di ripristino necessari¹¹⁰.

¹⁰⁹ Ci riferiamo ai casi in cui i responsabili non vengano identificati e alle ipotesi in cui i costi delle misure di prevenzione e riparazione non siano a carico degli operatori.

¹¹⁰ Cfr. art. 17, comma 9, *cit. supra*, nota 19. In ogni caso, proprio per non gravare il bilancio pubblico delle spese causate dagli interventi d'ufficio, lo stesso articolo stabilisce che le spese sostenute dagli enti pubblici godano di un privilegio speciale immobiliare, anche in pregiudizio di terzi acquirenti. Si veda, inoltre, l'art. 14 del dm n. 471/99.

Per converso, in tema di riparazione il legislatore dimostra di aver compreso le difficoltà, evidenziate dalle precedenti esperienze internazionali – e non solo –, inerenti alla concreta riparazione delle risorse naturali compromesse. Per questo motivo, la direttiva adotta un approccio innovativo, che tiene conto sia delle ipotesi nelle quali la *restitutio in integrum* delle componenti ambientali risulta impossibile, sia delle perdite *ad interim* (riparazione complementare e compensativa). D'altro canto, va rilevato che le incertezze relative ai criteri di valutazione e di ripristino dei danni potrebbero condurre all'assurda conseguenza di uno schema di riparazione che, invece di risanare le risorse danneggiate, mira a fornire risorse equivalenti (ed a costi inferiori), magari in un sito diverso.

Si consideri, inoltre, che, come da più parti sostenuto, il fine della direttiva è quello di creare forti incentivi affinché gli operatori investano prima di tutto sulla prevenzione dei danni ambientali¹¹¹. Merita precisare, comunque, che il conseguimento di tale obiettivo richiede un quadro normativo chiaro, uniforme ed efficace: attributi questi che non sembrano confarsi del tutto alla direttiva in esame.

In effetti, le considerazioni svolte hanno evidenziato che:

a. le incertezze e le lacune rilevate mal si conciliano con il principio della certezza del diritto;

b. le fattispecie di esclusione riducono notevolmente il campo di applicazione della direttiva e, indirettamente, la sua efficacia;

c. il rinvio operato più volte a favore delle legislazioni nazionali, nonché la possibilità per gli Stati membri di mantenere o di adottare disposizioni più severe in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale, non sembrano poter condurre ad un sistema uniforme.

Quest'ultimo punto, peraltro, evidenzia un altro aspetto fondamentale del futuro regime: la direttiva introduce solamente una disciplina minima che lascia, quindi, ampi margini alla regolamentazione integrativa nazionale, soprattutto se di carattere maggiormente restrittivo.

In questo modo la direttiva non pare rappresentare un punto di arrivo per le legislazioni dei Paesi membri, bensì un punto di partenza per le stesse¹¹². Di

¹¹¹ V. nota 50.

¹¹² In tal senso, sarà interessante seguire in Italia le sorti della legge 15 dicembre 2004, n. 308 «Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione»; per un approfondito commento della dottrina si veda NATALINI, *La Legge 308/04, Le modifiche al Ronchi e le sanatorie ambientali*, in *D. & G.*, 2005, n. 10, p. 58 ss. Tale legge, approvata dopo un lungo iter parlamentare (durato quasi tre anni e caratterizzato da cinque passaggi parlamentari e tre voti di fiducia), conferisce al Governo, in un unico articolo, la delega per l'emanazione, entro 18 mesi, di decreti legislativi per il «riordino, il coordinamento e l'integrazione» di vari settori della legislazione in materia ambientale.

La legge n. 308 è oggetto di critiche da parte dei gruppi ambientalisti perché, da un lato, contiene delle disposizioni immediatamente efficaci che mal si conciliano con la natura stessa di una legge delega e, dall'altro lato, alcune delle materie interessate dal «riordino ...» sono state recentemente armonizzate, come il settore dei rifiuti e della bonifica dei siti contaminati.

conseguenza, sarà necessario attendere le concrete risposte dei Governi nazionali per poter valutare la portata e l'impatto della direttiva n. 2004/35/Ce sulla prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Andrea Ferreri*

Al di là della fondatezza o meno di tali critiche, si rileva, ad ogni buon conto, che la prima plenaria della Commissione stabilita per coadiuvare il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nell'organizzazione e redazione dei decreti legislativi (ai sensi dell'art. 1, comma 11), prevista per i giorni 23, 24 e 24 aprile u.s. è saltata, cfr. *Il Bluff della Delega Ambientale*, articolo disponibile all'indirizzo internet www.Legambiente.com.

* Si ringraziano per la cortese collaborazione ed i preziosi consigli il Prof. Francesco Francioni ed il Dott. Riccardo Pavoni dell'Università degli Studi di Siena.

Dottore in Giurisprudenza e in Scienze dell'amministrazione.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 22-23 marzo 2005*

1. La riunione è stata preceduta da una relazione del presidente del Parlamento europeo, signor Josep Borrell, cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni. In tale occasione il presidente della Commissione ha presentato gli obiettivi strategici della sua istituzione per il periodo 2005-2009. I capi di Stato o di Governo ne hanno preso atto e si sono compiaciuti della profonda consonanza di vedute tra il Consiglio, il Parlamento europeo e la Commissione circa le priorità dell'Unione, segnatamente per quanto concerne l'attività legislativa dei prossimi anni.

2. Il Consiglio europeo ha discusso i seguenti punti:

- I. Patto di stabilità e crescita
- II. Revisione intermedia della strategia di Lisbona
- III. Sviluppo sostenibile
- IV. Cambiamenti climatici
- V. ITER
- VI. Preparazione del vertice delle Nazioni Unite del settembre 2005
- VII. Libano

I. Patto di stabilità e crescita

3. Il Consiglio europeo approva la relazione del Consiglio ECOFIN del 20 marzo 2005 (vedasi allegato II) intitolato «Migliorare l'attuazione del patto di stabilità e crescita» e ne approva i risultati e le proposte. La relazione aggiorna e completa il patto di

* 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.).

stabilità e crescita che consiste nella risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam e nei regolamenti n. 1466/97 e n. 1467/97 del Consiglio. Si invita la Commissione a presentare rapidamente proposte volte a modificare i regolamenti del Consiglio.

II. Rilanciare la strategia di Lisbona: un partenariato per la crescita e l'occupazione

a. Una strategia attuale

4. Cinque anni dopo il varo della strategia di Lisbona il bilancio è modesto. Accanto a innegabili progressi ci sono lacune e ritardi evidenti. Di fronte alle sfide da affrontare, il prezzo che si paga per i ritardi o il mancato completamento delle riforme è alto, come dimostra il divario esistente tra il potenziale di crescita dell'Europa e quello dei suoi partner economici. Urge pertanto agire.

5. A tal fine, è indispensabile rilanciare senza indugi la strategia di Lisbona e procedere a un riorientamento delle priorità verso la crescita e l'occupazione. L'Europa deve infatti rinnovare le basi della sua competitività, aumentare il suo potenziale di crescita e la sua produttività e rafforzare la coesione sociale, puntando principalmente sulla conoscenza, l'innovazione e la valorizzazione del capitale umano.

(Omissis)

b. Gli assi fondamentali del rilancio

Conoscenza e innovazione - motori di una crescita sostenibile

10. Lo spazio europeo della conoscenza deve consentire alle imprese di creare nuovi fattori di competitività, ai consumatori di beneficiare di nuovi beni e servizi e ai lavoratori di acquisire nuove competenze. In tale prospettiva è importante sviluppare la ricerca, l'istruzione e l'innovazione in tutte le forme che consentano di convertire la conoscenza in valore aggiunto e creare nuovi e migliori posti di lavoro. Inoltre, negli anni futuri si dovrà incoraggiare un autentico dialogo tra le parti interessate, pubbliche e private, della società della conoscenza.

(Omissis)

16. L'Europa ha bisogno di un tessuto industriale solido su tutto il suo territorio. L'indispensabile proseguimento di una politica industriale attiva passa per il rafforzamento dei vantaggi competitivi della base industriale assicurando la complementarità dell'azione a livello nazionale, transnazionale ed europeo. Tale obiettivo sarà tra l'altro perseguito attraverso iniziative tecnologiche fondate su partenariati pubblico-privato e mediante l'organizzazione di piattaforme tecnologiche volte a definire agende di ricerca a lungo termine. La Commissione riferirà entro giugno sui lavori preparatori da essa intrapresi in materia.

(Omissis)

Uno spazio attraente per investire e lavorare

20. Per incoraggiare gli investimenti e creare un contesto attraente per le imprese e i lavoratori, l'Unione europea deve completare il mercato interno e dotarsi di un quadro normativo più favorevole alle imprese che, da parte loro, devono sviluppare la responsabilità sociale. Sono inoltre necessarie infrastrutture efficienti, che affrontino tra l'altro il problema dei collegamenti mancanti, servizi di interesse generale di qualità e a prezzi abbordabili e un contesto sano basato su un consumo e una produzione sostenibili e una qualità della vita elevata.

21. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a compiere ogni sforzo per rispettare gli impegni assunti a Barcellona nel marzo 2002, ivi compreso in materia di recepimento delle direttive.

(Omissis)

La crescita e l'occupazione al servizio della coesione sociale

29. Il Consiglio europeo esprime soddisfazione per la comunicazione della Commissione sull'Agenda sociale che contribuisce alla realizzazione degli obiettivi della strategia di Lisbona rafforzando il modello sociale europeo basato sulla ricerca della piena occupazione e una maggiore coesione sociale.

30. L'aumento dei tassi di occupazione e il prolungamento della durata della vita lavorativa, combinati con la riforma dei sistemi di protezione sociale, costituiscono il mezzo migliore per mantenere l'attuale livello della protezione sociale.

Nel contesto dei suoi attuali lavori sul rilancio di Lisbona, la Commissione rifletterà in merito alle questioni che si pongono riguardo alle modalità per assicurare il finanziamento sostenibile del nostro modello sociale e riferirà al Consiglio europeo in autunno.

(Omissis)

c. Migliorare la governance

38. È importante che le azioni intraprese dall'UE e dagli Stati membri contribuiscano maggiormente e più concretamente alla crescita e all'occupazione. In tale spirito, si creerà un dispositivo semplificato con un triplice obiettivo: facilitare l'individuazione delle priorità nel rispetto dell'equilibrio globale della strategia e della sinergia tra i suoi diversi elementi; migliorare l'attuazione di tali priorità sul terreno, provvedendo a coinvolgere maggiormente gli Stati membri; razionalizzare la procedura di *follow-up* per comprendere meglio l'applicazione della strategia a livello nazionale.

(Omissis)

III. Sviluppo sostenibile

42. In occasione del rilancio della strategia di Lisbona, il Consiglio europeo riafferma che questa strategia si colloca, essa stessa, nel contesto più ampio dell'esigenza di sviluppo sostenibile secondo cui occorre soddisfare i bisogni del presente

senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri. Il Consiglio europeo ha convenuto di adottare, nella prossima riunione di giugno, una «dichiarazione sui principi direttori dello sviluppo sostenibile»; tale dichiarazione servirà da base per il rinnovamento della strategia per lo sviluppo sostenibile adottata dal Consiglio europeo di Göteborg nel 2001. Tale nuova strategia più completa e ambiziosa, comprendente obiettivi, indicatori e una procedura efficace di *follow-up*, dovrebbe fondarsi su una visione positiva a lungo termine e integrare pienamente le dimensioni interne ed esterne. La nuova strategia sarà adottata entro la fine del 2005 e la Commissione ha comunicato che presenterà le opportune proposte in tempo utile.

IV. Cambiamenti climatici (*Omissis*)

V. Iter (*Omissis*)

VI. Preparazione del vertice delle Nazioni Unite del settembre 2005

48. Il Consiglio europeo accoglie con favore la presentazione fatta il 21 marzo 2005 dal Segretario generale delle Nazioni Unite della relazione «In una maggiore libertà - Verso la sicurezza umana, lo sviluppo della società e i diritti dell'uomo per tutti», che costituisce un contributo fondamentale alla preparazione del vertice delle Nazioni Unite del settembre 2005, dedicato al seguito da riservare alla dichiarazione del Millennio (2000) e ai principali vertici e conferenze delle Nazioni Unite. Il Consiglio europeo ribadisce che l'Unione è fermamente determinata a svolgere un ruolo importante in seno alle Nazioni Unite in generale e nella preparazione del vertice in particolare. L'Unione europea è risoluta a far sì che questo processo sfoci nella formulazione di risposte comuni ai grandi problemi dello sviluppo, della sicurezza e dei diritti dell'uomo.

(Omissis)

VII. Libano

51. Il Consiglio europeo fa proprie le conclusioni adottate dal Consiglio il 16 marzo 2005 sul Libano. Riafferma il proprio impegno per un Libano sovrano, indipendente e democratico. Ricorda l'importanza della risoluzione 1559 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ed esprime pieno sostegno alla missione dell'inviato speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite.

(Omissis)

ALLEGATO I

Patto europeo per la gioventù

Nel contesto dell'invecchiamento della popolazione europea, il Consiglio europeo ritiene necessario far beneficiare i giovani europei di un insieme di politiche e misure che si integrano pienamente nella strategia di Lisbona. Il patto per la gioventù mira a migliorare l'istruzione, la formazione, la mobilità, l'inserimento professionale e l'inclusione sociale dei giovani europei facilitando nel contempo la conciliazione tra attività professionale e vita familiare. Il Patto deve garantire la coerenza globale delle iniziative da intraprendere in tali settori e costituire il punto di partenza per una mobilitazione intensa e continua a favore dei giovani. Il suo successo presuppone il coinvolgimento di tutti gli attori interessati e, in primissimo luogo, delle organizzazioni giovanili a livello nazionale, regionale e locale, così come del Forum europeo della gioventù, delle collettività territoriali e delle parti sociali.

Il Consiglio europeo invita l'Unione e gli Stati membri, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze e segnatamente nel quadro della strategia europea per l'occupazione e della strategia per l'inclusione sociale, ad ispirarsi alle linee d'azione seguenti:

In materia di occupazione, integrazione e promozione sociale (Omissis)

Nel settore dell'istruzione, della formazione e della mobilità (Omissis)

Per la conciliazione della vita professionale con la vita personale e familiare (Omissis)

ALLEGATO II

Migliorare l'attuazione del patto di stabilità e crescita**Relazione del Consiglio al Consiglio europeo**

La presente relazione contiene proposte intese al rafforzamento e al chiarimento dell'attuazione del patto di stabilità e crescita al fine di migliorare il coordinamento e la sorveglianza delle politiche economiche in conformità dell'art. 99 del trattato e di evitare disavanzi eccessivi come previsto dall'art. 104, par. 1 del Trattato.

(Omissis)

1. Migliorare la governance (Omissis)

Il Consiglio sottolinea l'importanza di migliorare la *governance* e di rafforzare la titolarità nazionale del quadro di bilancio attraverso le proposte indicate di seguito.

1.1. Cooperazione e comunicazione (Omissis)

1.2. Migliorare il sostegno reciproco e esercitare la pressione reciproca (Omissis)

1.3. Norme di bilancio e istituzioni nazionali complementari (Omissis)

1.4. Programma di stabilità per la legislatura (Omissis)

1.5. Coinvolgimento dei parlamenti nazionali (Omissis)

1.6. Previsioni macroeconomiche affidabili (Omissis)

1.7. Gestione statistica (Omissis)

-
2. *Rafforzare il braccio preventivo (Omissis)*
 - 2.1. *Definizione dell'obiettivo di bilancio a medio termine (Omissis)*
 - 2.2. *Percorso di avvicinamento all'obiettivo a medio termine (Omissis)*
 - 2.3. *Considerazione delle riforme strutturali (Omissis)*

 3. *Migliorare l'attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (Omissis)*
 - 3.1. *Preparazione di una relazione della Commissione a norma dell'art. 104, par. 3 (Omissis)*
 - 3.2. *Superamento "eccezionale e temporaneo" del valore di riferimento per il disavanzo (Omissis)*
 - 3.3. *"Tutti gli altri fattori significativi" (Omissis)*
 - 3.4. *Tenere conto della riforma del sistema pensionistico (Omissis)*
 - 3.5. *Concentrarsi maggiormente sul debito e sulla sostenibilità (Omissis)*
 - 3.6. *Proroga dei termini per l'adozione di azioni e misure efficaci (Omissis)*
 - 3.7. *Termine iniziale per la correzione dei disavanzi eccessivi (Omissis)*
 - 3.8. *Revisione dei termini per la correzione dei disavanzi (Omissis)*

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 giugno 2005*

1. La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da un intervento del signor Josep Borrell, presidente del Parlamento europeo, cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni.

2. Il Consiglio europeo plaude alla firma del trattato di adesione, avvenuta il 25 aprile 2005 a Lussemburgo, che segna l'inizio di una nuova importante fase del processo di adesione della Bulgaria e della Romania all'Unione europea. Questi paesi partecipano ora ai lavori del Consiglio europeo, del Consiglio e dei suoi organi preparatori in veste di osservatori attivi.

3. Il Consiglio europeo ricorda inoltre le sue conclusioni del 17 e 18 giugno 2004 e del 16 e 17 dicembre 2004 relative all'allargamento e sottolinea la necessità di attuarle pienamente.

4. Il Consiglio europeo ha discusso i seguenti punti:

I. Prospettive finanziarie

II. Questioni economiche, sociali e ambientali (strategia di Lisbona; sviluppo sostenibile)

III. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (programma dell'Aia; terrorismo)

IV. Relazioni esterne

V. Varie

I. Prospettive finanziarie

5. Il Consiglio europeo deplora che in questa fase non sia stato possibile raggiungere un accordo globale sulle prospettive finanziarie. Sottolinea la necessità di chiarezza sulle risorse a disposizione dell'Unione a sostegno delle politiche comuni per il futuro periodo finanziario e si impegna a compiere ogni sforzo per conseguire

* 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.).

tale obiettivo. Prende atto che i lavori preparatori avviati collettivamente hanno consentito di progredire significativamente su questo punto. Conviene che occorra in particolare mantenere l'enfasi e l'impulso impressi alle discussioni grazie allo schema di negoziato elaborato su iniziativa della presidenza.

(Omissis)

II. Questioni economiche, sociali e ambientali

Sviluppo sostenibile (Omissis)

Rilancio della strategia di Lisbona: un partenariato per la crescita e l'occupazione (Omissis)

III. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Programma dell'Aia

12. Il Consiglio europeo prende atto con soddisfazione dell'adozione, da parte del Consiglio e della Commissione, del piano d'azione che attua il programma dell'Aia inteso a rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale piano traduce in misure concrete gli obiettivi del programma dell'Aia. Data la crescente importanza che riveste la dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, esso sarà integrato a fine anno dalla strategia che il Consiglio deve adottare in materia su proposta del Segretario Generale/Alto Rappresentante e della Commissione.

13. È di importanza capitale che gli Stati membri attuino effettivamente ed entro i termini previsti le varie misure adottate in esecuzione del piano d'azione. Al riguardo, il Consiglio europeo prende atto del fatto che il Consiglio sta esaminando le modalità di recepimento e di attuazione, da parte degli Stati membri, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo. A suo parere il metodo di valutazione deve essere generalmente sviluppato.

(Omissis)

Lotta al terrorismo

17. Il Consiglio europeo ha preso atto della relazione del Consiglio sull'attuazione del piano d'azione per la lotta al terrorismo. Si compiace dei progressi compiuti sotto il profilo legislativo nel settore dello scambio di informazioni giudiziarie e di polizia e della lotta al finanziamento del terrorismo. Rileva parimenti gli orientamenti definiti dal Consiglio per l'elaborazione della strategia in materia di radicalizzazione e di reclutamento di terroristi, tra cui la promozione sul piano nazionale del dialogo interconfessionale, la conclusione della valutazione a pari livello dei dispositivi nazionali per la lotta contro il terrorismo nonché lo sviluppo della capacità di analisi in seno al Segretariato del Consiglio. Accoglie infine con soddisfazione l'adozione, da parte del Consiglio, del documento relativo all'attuazione del quadro concettuale sulla PESD e il terrorismo.

18. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza che annette alla realizzazione di progressi in tutti i settori del piano d'azione per la lotta al terrorismo, in particolare

per quanto riguarda il rispetto dei termini per l'entrata in vigore delle misure considerate prioritarie ai fini dell'efficacia della lotta al terrorismo, che il Consiglio europeo ha definito nel marzo 2004.

19. Il Consiglio europeo auspica che nel corso del secondo semestre del 2005 siano trattati in via prioritaria i seguenti punti:

- lavori legislativi intesi a rafforzare la cooperazione di polizia e giudiziaria, più specificamente e per quanto possibile riguardo allo scambio di informazioni tra le autorità di polizia, al mandato di ricerca delle prove, alla conservazione dei dati in materia di traffico di telecomunicazioni nonché allo scambio di informazioni ed alla cooperazione in materia di reati di terrorismo;

- prosecuzione degli sforzi volti a una migliore trasmissione delle informazioni strategiche e operative tra gli Stati membri e tra questi e le agenzie e i servizi competenti dell'Unione, conformemente al programma dell'Aia;

- elaborazione della strategia e del piano d'azione in materia di radicalizzazione e di reclutamento di terroristi, alla luce degli orientamenti definiti dal Consiglio;

- seguito dato alle raccomandazioni risultanti dalla valutazione a pari livello dei dispositivi nazionali per la lotta contro il terrorismo;

- prosecuzione dell'attuazione della strategia in materia di finanziamento del terrorismo, in particolare mediante l'adozione di un codice di condotta per prevenire l'utilizzo abusivo di organizzazioni caritative nonché mediante il rafforzamento delle procedure relative al congelamento delle risorse finanziarie;

- rafforzamento delle capacità di protezione civile, in particolare le risorse mediche disponibili per far fronte a un attentato bioterroristico, nonché elaborazione di una capacità di reazione rapida fondata sui moduli di protezione civile degli Stati membri;

- rafforzamento del dialogo politico con i paesi terzi in materia di terrorismo e della cooperazione internazionale in materia di lotta al terrorismo e in particolare adozione della convenzione generale contro il terrorismo internazionale nel quadro delle Nazioni Unite:

- messa a punto di programmi di assistenza ad alcuni paesi terzi prioritari al fine di rafforzarne il dispositivo antiterroristico e attuazione, a questo proposito, della rete di esperti incaricati di rispondere alle richieste di assistenza tecnica dei paesi terzi;

- misure di cooperazione doganale per migliorare la sicurezza della catena di approvvigionamento.

20. Il Consiglio europeo valuterà i progressi compiuti nella riunione del dicembre 2005 e procederà ad una revisione del piano d'azione sulla lotta al terrorismo.

IV. Relazioni esterne

Preparazione del vertice delle Nazioni Unite del settembre 2005

21. Il Consiglio europeo ritiene che il vertice delle Nazioni Unite offra l'opportunità di ribadire il nostro appoggio a questa organizzazione nel suo ruolo di strumento di relazioni internazionali fondate sul diritto. Ribadisce il suo fermo sostegno al multilateralismo efficace e al processo di riforma delle Nazioni Unite. Sottolinea che la relazione presentata dal Segretario generale il 21 marzo 2005 e il contributo del presidente dell'Assemblea generale del 3 giugno 2005 costituiscono un'eccellente

piattaforma di lavoro ai fini della dichiarazione che dovrà essere adottata il prossimo settembre a New York.

(Omissis)

31. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di tener conto della dimensione sociale della globalizzazione nelle varie politiche e nella cooperazione internazionale.

32. Il Consiglio europeo conferma che l'Unione europea continuerà a tenere conto degli obiettivi di cooperazione allo sviluppo in tutte le politiche cui dà attuazione e che possono avere incidenze sui paesi in via di sviluppo. L'UE si impegnerà particolarmente per promuovere e rafforzare la coerenza delle politiche a favore dello sviluppo, nel quadro del partenariato globale per lo sviluppo, conformemente all'obiettivo del millennio (MDG) 8.

(Omissis)

38. Nel settore delle riforme istituzionali, il Consiglio europeo riconosce la necessità di riformare gli organi principali delle Nazioni Unite, tra cui l'Assemblea generale, l'ECOSOC e il Consiglio di sicurezza, allo scopo di rafforzare la rappresentatività, la trasparenza e l'efficacia del sistema. Sostiene inoltre gli sforzi di riforma nei settori del bilancio e della gestione amministrativa al fine di consentire alle Nazioni Unite di assolvere meglio il loro mandato.

(Omissis)

Balcani occidentali

41. Il Consiglio europeo riafferma il suo impegno a favore dell'attuazione completa dell'agenda di Salonicco, in cui si sottolinea che il futuro dei Balcani occidentali è nell'Unione europea.

Ribadisce che i progressi di ciascun paese verso l'integrazione europea, tenuto conto dell'evoluzione dell'*acquis*, dipendono dai suoi sforzi per ottemperare ai criteri di Copenaghen e alle condizioni del processo di stabilizzazione e associazione. In tale processo la cooperazione regionale e le relazioni di buon vicinato resteranno peraltro elementi essenziali della politica dell'UE.

(Omissis)

Politica europea di vicinato

45. Il Consiglio europeo si compiace della conclusione di una prima serie di piani d'azione nel quadro della politica europea di vicinato con l'Autorità palestinese, la Giordania, Israele, il Marocco, la Moldova, la Tunisia e l'Ucraina e accoglie con favore la decisione di elaborare nel 2005 piani d'azione analoghi anche con l'Armenia, l'Azerbaijan e la Georgia incluse nel giugno 2004 nella politica europea di vicinato, nonché con l'Egitto e il Libano e di preparare una relazione nazionale sull'Algeria. Il Consiglio europeo invita la Commissione e l'SG-AR a riferire regolarmente in merito ai progressi compiuti.

(Omissis)

Partnership strategico con i paesi del Mediterraneo e del Medio Oriente (Omissis)

Processo di Barcellona (Omissis)

Iraq

52. Il Consiglio europeo riafferma la volontà dell'UE di proseguire nell'attuazione del programma completo di assistenza, deciso dal Consiglio il 5 novembre 2004 e il 21 febbraio 2005, al fine di conseguire l'obiettivo di un Iraq sicuro, stabile, unificato, prospero, democratico, che rispetti i diritti umani che godrà del pieno esercizio della sua sovranità e coopererà in maniera costruttiva con i vicini e con la comunità internazionale. Rammenta che gli Stati membri e la Commissione sono disposti ad appoggiare, qualora l'Iraq lo chieda, il processo costituzionale, in conformità della risoluzione 1546 e in stretta collaborazione con le Nazioni Unite.

Incoraggia le autorità dell'Iraq a perseguire l'obiettivo del pieno coinvolgimento di tutte le componenti della società irachena nel processo costituzionale e a promuovere un autentico dialogo nazionale.

(Omissis)

Iran

55. Il Consiglio europeo si rallegra della ripresa dei negoziati relativi ad un accordo commerciale e di cooperazione e a un accordo politico con l'Iran, resa possibile dalla conclusione e dall'effettiva attuazione dell'accordo di Parigi nel novembre 2004. Sottolinea l'importanza che annette al trattamento equo di tutti gli Stati membri nel settore commerciale. Conferma che l'Unione europea è disposta a continuare ad esplorare i mezzi per sviluppare ulteriormente la cooperazione politica ed economica con l'Iran, in seguito alle disposizioni prese da questo paese per risolvere altre questioni che preoccupano l'UE per quanto concerne la lotta contro il terrorismo, i diritti dell'uomo e l'approccio dell'Iran al processo di pace in Medio Oriente. Il Consiglio europeo rammenta l'importanza che annette a un dialogo sui diritti dell'uomo credibile ed efficace e nutre la speranza che la prossima sessione si svolga rapidamente in base a nuove modalità che le due parti dovranno concordare.

(Omissis)

Processo di pace in Medio Oriente (Omissis)

Relazioni transatlantiche (Omissis)

Russia (Omissis)

Relazioni con l'Asia (Omissis)

Relazioni con gli ACP (Omissis)

Relazioni con l'Africa (Omissis)

Relazioni con l'America latina (Omissis)

PESD

(Omissis)

81. È stato attivamente proseguito, secondo le scadenze fissate dal Consiglio europeo del dicembre 2004, lo sviluppo delle capacità civili europee al fine di conseguire l'obiettivo primario civile 2008. E' stato pertanto possibile elaborare le ipotesi di pianificazione strategica e gli scenari illustrativi in materia di stabilizzazione e ricostruzione, prevenzione dei conflitti, rafforzamento mirato delle istituzioni e sostegno civile a operazioni umanitarie. Sono stati inoltre portati avanti i lavori sullo spiegamento rapido delle capacità di gestione civile delle crisi.

(Omissis)

V. Varie

Lotta contro l'HIV/AIDS e altre malattie trasmissibili (Omissis)

Iniziativa "Diplomazia verde" (Omissis)

ALLEGATO I

Dichiarazione sui principi direttori dello sviluppo sostenibile

Lo sviluppo sostenibile è un obiettivo chiave, sancito dal trattato, per tutte le politiche della Comunità europea. Esso è volto a migliorare costantemente la qualità della vita sul pianeta per le generazioni attuali e future. Ha per obiettivo di preservare la capacità della Terra di favorire la vita in tutta la sua diversità. Poggia sui principi della democrazia e dello stato di diritto, nonché sul rispetto dei diritti fondamentali, compresa la libertà e le pari opportunità per tutti. Garantisce la solidarietà intragenerazionale e quella intergenerazionale. Tende a promuovere un'economia dinamica, la piena occupazione, un livello elevato di istruzione, di tutela della salute, di coesione sociale e territoriale, nonché di tutela dell'ambiente in un mondo pacifico e sicuro, che rispetti la diversità culturale.

Per realizzare tali obiettivi in Europa ed a livello mondiale, l'Unione europea ed i suoi Stati membri si adopereranno per rispettare ed attuare, da soli e con i propri partner, gli obiettivi e principi seguenti:

Obiettivi chiave

Tutela dell'ambiente

Preservare la capacità della Terra di favorire la vita in tutta la sua diversità, rispettare i limiti delle risorse naturali del pianeta e garantire un livello elevato di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Prevenire e ridurre l'inquinamento ambientale e promuovere metodi di produzione e consumo sostenibili al fine di rompere la connessione tra crescita economica e degrado ambientale.

Equità sociale e coesione

Promuovere una società democratica, sana, sicura ed equa, fondata sull'integrazione sociale e la coesione, che rispetti i diritti fondamentali e la diversità culturale, assicuri la parità tra uomini e donne e combatta la discriminazione in tutte le sue forme.

Prosperità economica

Promuovere un'economia prospera, innovativa, ricca di conoscenze, competitiva ed ecoefficiente, che garantisca un tenore di vita elevato, la piena occupazione e la qualità del lavoro in tutta l'Unione europea.

Assumerci le nostre responsabilità a livello internazionale

Incoraggiare l'instaurazione, nel mondo intero, di istituzioni democratiche fondate sulla pace,

la sicurezza e la libertà, e difendere la stabilità di tali istituzioni. Promuovere attivamente lo sviluppo sostenibile a livello mondiale ed adoperarsi affinché le politiche interne ed esterne dell'Unione europea siano compatibili con lo sviluppo sostenibile globale ed con i suoi impegni internazionali.

Principi direttori delle politiche

Promozione e protezione dei diritti fondamentali (Omissis)

Solidarietà intragenerazionale ed intergenerazionale (Omissis)

Una società aperta e democratica (Omissis)

Partecipazione dei cittadini (Omissis)

Partecipazione delle imprese e delle parti sociali (Omissis)

Coerenza delle politiche e governance (Omissis)

Integrazione delle politiche (Omissis)

Sfruttamento delle migliori conoscenze disponibili (Omissis)

Principio di precauzione (Omissis)

Principio "chi inquina paga" (Omissis)

ALLEGATO II

Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione (2005-2008) (Omissis)

ALLEGATO III

Dichiarazione sul Kosovo (Omissis)

ALLEGATO IV

Dichiarazione sul processo di pace in Medio Oriente (Omissis)

ALLEGATO V

Dichiarazione sul Libano (Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

INDICAZIONI AGGIUNTIVE (DI QUALITÀ O DI FANTASIA) SULLE ETICHETTE DEI PRODOTTI ALIMENTARI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL SETTORE DEGLI OLÍ D'OLIVA*

Sommario: **I.** *La disciplina comunitaria* - **II.** *Le indicazioni riferite agli oli d'oliva* - **1.** *La normativa comunitaria originariamente applicabile* - **2.** *Le modifiche apportate al sistema comunitario* - **III.** *Valutazioni giuridiche* - **1.** *Le regole e i criteri applicabili in generale* - **a.** *Notifica dell'etichettatura alla pubblica autorità* - **b.** *Osservanza delle prescrizioni contenute in atti volontariamente approvati dalle categorie interessate* - **c.** *Osservanza di indicazioni obbligatorie e libertà di scelta per altre menzioni nel rispetto delle regole della direttiva orizzontale n. 2000/13 sull'etichettatura* - **2.** *Le regole e i criteri applicabili agli oli di oliva* - **a.** *Le denominazioni obbligatorie* - **b.** *Preliminari conclusioni sul punto* - - **IV.** *Le indicazioni aggiuntive di carattere qualitativo che possono essere riportate sulle etichette degli oli d'oliva* - **1.** *Esame delle ipotetiche indicazioni: «corposo», «morbido» e «aromatico»* - **a.** *Le etichette con le indicazioni: «corposo» e «morbido»* - **b.** *L'etichetta con l'indicazione «aromatico»* - **c.** *Conclusioni sul punto* - **2.** *Indicazioni aggiuntive di pura fantasia* - **V.** *Conclusioni.*

I. La disciplina comunitaria

La generalità dei prodotti alimentari è assoggettata, per quanto riguarda l'etichettatura, alle disposizioni della direttiva orizzontale n. 2000/13¹. Questa

* Testo della relazione presentata al Convegno nazionale organizzato dal Cisdce di Milano e dalla Rivista *Alimenta* su «Tutela e promozione dei prodotti agro-alimentari in Italia e sui mercati internazionali: limiti di compatibilità tra indicazioni geografiche (DOP, IGP) e marchi nazionali, denominazioni regionali e locali anche alla luce del nuovo codice italiano della proprietà industriale (d.lgvo 10 febbraio 2005 n. 30)», svoltosi a Milano il 24 giugno 2005.

¹ Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29, modificata dalla direttiva n. 2001/101/Ce della Commissione, del 26 novembre 2001, in *Guce* n. L 310 del 28 novembre 2001, p. 19 e dalla direttiva n. 2003/89/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 novembre 2003, in *Guce* n. L 308 del 25 novembre 2003, p. 15.

direttiva, come è noto, è una direttiva di tipo orizzontale nel senso che si applica a tutti i prodotti alimentari, senza eccezione alcuna.

Per determinate categorie di prodotti esistono anche normative specifiche contenenti regole particolari in materia di etichettatura che si aggiungono a quelle previste dalla direttiva n. 2000/13 (cfr. l'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/13). Possiamo citare, in particolare, la direttiva n. 89/398² sui prodotti destinati ad una alimentazione particolare (dietetici), la disciplina comunitaria in materia di vini prevista dal regolamento n. 1493/99³ e le direttive verticali per particolari prodotti alimentari come i succhi di frutta⁴, le marmellate⁵, le acque minerali⁶, il cioccolato⁷ etc.

Per quanto riguarda il contenuto delle disposizioni di tali normative specifiche, con riferimento all'etichettatura, si può agevolmente constatare che, in generale, le stesse prevedono, da un lato, l'osservanza di menzioni obbligatorie e, dall'altro lato, la facoltà di aggiungere altre menzioni, a volte con intervento dell'autorità (es. prodotti dietetici, vini DOC) e, a volte, senza tale intervento, nel caso in cui si persegua l'obiettivo di informare compiutamente il consumatore.

II. Le indicazioni riferite agli oli d'oliva

L'olio d'oliva risulta assoggettato ad una disciplina particolarmente complessa che, per quanto riguarda l'etichettatura, è contenuta, oltre che nella direttiva orizzontale n. 2000/13, come ricordato, tanto nel nuovo regolamento

² In *Guce* n. L 186 del 1989, modificata dalla direttiva n. 96/84/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996, in *Guce* n. L 48 del 19 febbraio 1997, p. 20 e dalla direttiva 1999/41/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 giugno 1999, in *Guce* n. L 172 dell'8 luglio 1999, p. 38 nonché dal regolamento (Ce) n. 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 settembre 2003, in *Gu-Ue* n. L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1.

³ In *Guce* n. L 179 del 1999. Tale regolamento ha avuto numerose modifiche, l'ultima delle quali è quella effettuata dal regolamento (Ce) n. 1795/2003 della Commissione, del 13 ottobre 2003, in *Gu-Ue* n. L 262 del 14 ottobre 2003, p. 13.

⁴ Direttiva n. 2001/112/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente i succhi di frutta e altri prodotti analoghi destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 58.

⁵ Direttiva 2001/113/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, relativa alle confetture, gelatine e marmellate di frutta e alla crema di marroni destinate all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 67, modificata da ultimo dalla direttiva n. 2004/84/Ce del Consiglio, del 10 giugno 2004, in *Gu-Ue* n. L 219 del 19 giugno 2004, p. 8.

⁶ Direttiva 80/777/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1980, in materia di ravvicinamento della legislazione degli Stati membri sull'utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali naturali, in *Guce* n. L 229 del 30 agosto 1980, p. 1, modificata dalla direttiva n. 96/70/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 ottobre 1996, in *Guce* n. L 299 del 23 novembre 1996, p. 26.

⁷ Direttiva 2000/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, in *Guce* n. L 197 del 3 agosto 2000, p. 19.

Ce di base n. 865/2004 del Consiglio⁸, quanto nel regolamento Ce n. 2568/91 della Commissione⁹ modificato dal regolamento Ce n. 796/2002 della Commissione¹⁰ relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva, quanto, infine, nel regolamento Ce n. 1019/2002 della Commissione¹¹ sulla commercializzazione degli oli d'oliva.

Per comprendere correttamente in che modo trovano applicazione le regole concernenti l'etichettatura degli oli d'oliva in base alla normativa comunitaria sopra richiamata, occorre, anche in questo caso, inquadrare in modo sistematico, sotto il profilo tecnico-giuridico, la normativa applicabile nel suo complesso.

1. LA NORMATIVA COMUNITARIA ORIGINARIAMENTE APPLICABILE

Esaminiamo in prosieguo la normativa contenuta nel regolamento Ce n. 865/2004 del Consiglio e nel regolamento n. 2568/91 della Commissione.

Il regolamento del Consiglio n. 865/2004 ha ripreso la disciplina del precedente regolamento n. 136/66¹² che conteneva, fin dall'origine, nel proprio allegato, la definizione dei vari tipi di oli di oliva.

In particolare, per quanto riguarda gli oli di oliva vergini, l'allegato ne riportava le definizioni e ne elencava le caratteristiche¹³, facendo riferimento a

⁸ Regolamento (Ce) n. 865/2004 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, in *Gu-Ue* n. L 161 del 30 aprile 2004. Tale regolamento ha disposto all'art. 24 l'abrogazione del precedente regolamento di base n. 136/66 (in *Guce* n. L 172 del 1966) a far tempo dal 1° novembre 2005.

⁹ Regolamento (Cee) n. 2568/91 della Commissione, dell'11 luglio 1991, relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva e degli oli di sansa d'oliva nonché ai metodi ad essi attinenti, in *Guce* n. L 248 del 5 settembre 1991, p. 1.

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 796/2002 della Commissione, del 6 maggio 2002, recante modifica del regolamento (Cee) n. 2568/91 relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva e degli oli di sansa d'oliva, nonché ai metodi ad essi attinenti e le note complementari di cui all'allegato del regolamento (Cee) n. 2658/87 del Consiglio relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, in *Guce* n. L 128 del 5 maggio 2002, p. 8.

¹¹ Regolamento (Ce) n. 1019/2002 della Commissione, del 13 giugno 2002, relativo alle norme di commercializzazione dell'olio d'oliva, in *Guce* n. L 155 del 14 giugno 2002, p. 27, modificato da ultimo dal regolamento n. 1750/2004, in *Gu-Ue* n. L 312 del 9 ottobre 2004, p. 7.

¹² Cfr. *supra*, nota 8.

¹³ L'Allegato al regolamento n. 136/66 così recita: «1. *Oli di oliva vergini*. Gli oli ottenuti dal frutto dell'olivo soltanto mediante processi meccanici o altri processi fisici, in condizioni che non causano alterazione dell'olio, e che non hanno subito alcun trattamento diverso dal lavaggio, dalla decantazione, dalla centrifugazione e dalla filtrazione, esclusi gli oli ottenuti mediante solvente o con coadiuvanti ad azione chimica o biochimica o con processi di riesterificazione e qualsiasi miscela con oli di altra natura.

Detti oli di oliva vergini sono oggetto della classificazione e delle denominazioni seguenti:

a. *Olio extra vergine di oliva* - olio di oliva vergine la cui acidità libera, espressa in acido oleico, è al massimo di 0,8 g per 100 g e avente le altre caratteristiche conformi a quelle previste per questa categoria; b. *Olio di oliva vergine* - olio di oliva vergine la cui acidità libera, espressa in acido oleico, è al massimo di 2 g per 100 g e avente le altre caratteristiche conformi a quelle previste per questa categoria; c. *Olio di oliva lampante* - olio di oliva vergine la cui acidità libera, espressa

quelle chimico-fisiche accertabili mediante l'utilizzo di adeguati strumenti tecnologici. I soli riferimenti che venivano invece effettuati a caratteristiche organolettiche, data la difficoltà di trovare metodi affidabili in grado di accertarle, erano che l'olio extra-vergine e vergine dovevano avere un «gusto perfetto» e che l'olio vergine corrente avesse un «gusto buono».

Di conseguenza, la normativa iniziale adottata dalla Commissione per accertare le caratteristiche degli oli d'oliva (cfr. regolamento della Commissione n. 1058/77¹⁴) prendeva in considerazione le sole caratteristiche chimico-fisiche.

Con il passare del tempo, per la necessità di fissare annualmente il prezzo di quantitativi sempre crescenti di oli d'oliva conferiti all'intervento comunitario, la Comunità è stata costretta ad introdurre criteri aggiuntivi di differenziazione, prevedendo, come nuovi parametri distintivi di riferimento, anche le caratteristiche organolettiche degli oli predetti.

Tenendo conto delle ricerche effettuate in seno al COI (Consiglio Oleico Internazionale), il Consiglio dell'Unione ha così integrato le definizioni degli oli di cui all'allegato del regolamento n. 136/66, richiedendo, per quanto riguarda l'olio di oliva extra-vergine, che questo fosse di «gusto assolutamente perfetto»; per quanto riguarda l'olio di oliva vergine, che questo fosse di «gusto perfetto»; e, infine, per quanto riguarda l'olio vergine corrente, che questo fosse di «gusto buono» (cfr. regolamento del Consiglio n. 1915/87 del 2 luglio 1987¹⁵). Tale disciplina risultava ovviamente estesa anche agli oli normalmente commercializzati sul mercato comunitario (in virtù dell'art. 35 del regolamento n. 136/66).

In conseguenza di tale disciplina la Commissione europea ha adottato il regolamento n. 2568/91¹⁶ relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva (con abrogazione del già citato regolamento n. 1058/77) nel quale veniva introdotta, per la prima volta, all'allegato XII, la disciplina della valutazione organolettica dell'olio di oliva vergine (con il metodo del *panel test*).

Successivamente, a completamento del nuovo indirizzo, il Consiglio ha modificato ancora l'allegato del regolamento del Consiglio n. 136/66 median-

in acido oleico, è superiore a 2 g. per 100 g. e/o avente le altre caratteristiche conformi a quelle previste per questa categoria». Il regolamento n. 1019/2002/Ce, in *Guce* L 155 del 14 giugno 2002 p. 27, ha successivamente imposto, all'art. 3, ulteriori informazioni da riportare obbligatoriamente nell'etichetta oltre alla denominazione di vendita.

¹⁴ Regolamento (Cee) n. 1058/77 della Commissione, del 18 maggio 1977, relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva e di taluni prodotti contenenti olio d'oliva e recante modifica della nomenclatura della tariffa doganale comune per quanto riguarda l'olio d'oliva, in *Guce* n. L 128 del 24 maggio 1977, p. 6.

¹⁵ Regolamento (Cee) n. 1915/87 del Consiglio del 2 luglio 1987 che modifica il regolamento n. 136/66/Cee relativo all'attuazione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi, in *Guce* n. L 183 del 3 luglio 1987, p. 7.

¹⁶ *Cit. supra*, nota 9.

te il regolamento n. 356/92¹⁷, introducendo anche il riferimento al «punteggio organolettico» per quanto riguarda gli oli di oliva extravergini, gli oli vergini e gli oli vergini correnti.

L'applicazione dei nuovi criteri di valutazione agli oli vergini commercializzati sul mercato ha però creato notevoli problemi agli operatori economici soprattutto per le difficoltà connesse alla valutazione ottenibile con il citato metodo del *panel test*.

Secondo questo metodo, la classificazione di un olio come extra-vergine o come vergine dipendeva dalle capacità olfattive e gustative degli assaggiatori ufficialmente inseriti in un *panel*, che erano legittimati ad esprimere un "giusto" giudizio qualitativo sull'olio da esaminare sulla base di una valutazione ampiamente discrezionale.

Le difficoltà provocate dal metodo disciplinato dal regolamento n. 2568/91 della Commissione hanno dato la stura a critiche molto forti e convincenti che le parti interessate non hanno mai cessato di sollevare e di far presenti nelle sedi opportune.

2. LE MODIFICHE APPORTATE AL SISTEMA ORIGINARIO

Le critiche degli operatori hanno alla fine trovato ascolto all'interno del COI (Consiglio Oleico Internazionale), che ha cominciato, già nel 1994, ad elaborare alcune proposte di modifica del sistema di valutazione degli oli d'oliva discostandosi da quello applicato in sede comunitaria.

Con una risoluzione adottata il 20 novembre 1996, il COI approvava definitivamente un nuovo sistema che eliminava sul nascere i difetti più vistosi e pericolosi presenti nel sistema praticato in sede comunitaria.

Con il nuovo sistema elaborato dal COI l'obiettivo del *panel test* diventava esclusivamente quello di accertare le *caratteristiche negative* dell'olio da esaminare, vale a dire i suoi difetti, trascurando invece di insistere sulle *caratteristiche positive* dell'olio, la cui valutazione non poteva che dipendere dal giudizio soggettivo di ciascun membro del *panel*. E, in effetti, se applicato alla ricerca delle caratteristiche positive dell'olio d'oliva extra-vergine e vergine, il sistema comunitario non poteva essere considerato affidabile mancando dei requisiti essenziali della «riproducibilità» e della «ripetibilità».

Prima dell'approvazione definitiva del nuovo sistema da parte del COI, la Commissione europea, con il regolamento n. 2527/95¹⁸, accennando agli studi in corso presso il predetto organismo, aveva precisato, nei *considerando*, di

¹⁷ Regolamento (Cee) n. 356/92 del Consiglio del 10 febbraio 1992 che modifica il regolamento n. 136/66/Cee relativo all'attuazione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi, in *Guce* n. L 39 del 15 febbraio 1992, p. 1.

¹⁸ Regolamento (Ce) n. 2527/95 della Commissione, del 27 ottobre 1995, che modifica il regolamento (Cee) n. 2568/91 relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva e degli oli di sansa d'oliva, nonché ai metodi ad essi attinenti, in *Guce* n. L 258 del 28 ottobre 1995, p. 49.

voler applicare senza modifiche il metodo comunitario «fino al termine di tali studi».

Con lo stesso regolamento n. 2527/95, la Commissione introduceva, però, in modo definitivo una tolleranza nella valutazione del *panel test*, dimostrando così essa stessa di rendersi conto della scarsa affidabilità del sistema fino ad allora applicato in sede comunitaria.

Finalmente con il regolamento Ce n. 796/2002¹⁹ della Commissione, che modifica il precedente regolamento n. 2568/91, è stato sostituito l'allegato XII di quest'ultimo regolamento, con la conseguenza che è stato accolto il sistema, sopra descritto, a suo tempo approvato dal COI.

E così, secondo il sistema introdotto dal nuovo Allegato XII, gli oli extravergini, per essere classificati come tali, non devono presentare attributi negativi e devono possedere alcuni attributi positivi.

Gli attributi positivi consentono quindi di completare la valutazione organolettica degli oli da esaminare così da poterli classificare come oli extravergini, oppure vergini (correnti o lampanti).

Gli attributi positivi, così come elencati nel nuovo Allegato XII introdotto dal regolamento n. 796/2002 sono: *fruttato*, *amaro* e *piccante*.

Secondo la descrizione che viene fornita, il termine «fruttato» si riferisce ad un insieme di sensazioni olfattive, dipendenti dalla varietà delle olive, e specifiche dell'olio ottenuto da frutti sani e freschi, verdi o maturi, percepite per via diretta o retronasale.

A sua volta il termine «amaro» indica il sapore caratteristico dell'olio ottenuto da olive verdi o invaiate (vicine a maturazione).

Infine il termine «piccante» vuol indicare una sensazione tattile pungente caratteristica di oli prodotti all'inizio della campagna, principalmente da olive ancora verdi.

Da ultimo, con il regolamento n. 1019/2002²⁰ della Commissione, sono state disciplinate le regole di commercializzazione dell'olio d'oliva precisando quali indicazioni e menzioni possono essere legittimamente riportate sulle etichette degli oli commercializzati.

III. Valutazioni giuridiche

L'analisi della normativa comunitaria sopra richiamata consente di identificare i criteri fondamentali che regolano il sistema comunitario dell'etichettatura dei prodotti alimentari ivi compresi gli oli d'oliva.

¹⁹ *Cit. supra*, nota 10.

²⁰ *Cit. supra*, nota 11.

1. LE REGOLE E I CRITERI APPLICABILI IN GENERALE

Esaminiamo innanzitutto regole e criteri generalmente applicabili.

a. Notifica dell'etichettatura alla Pubblica autorità

Ad esempio per quanto riguarda i prodotti destinati ad una alimentazione particolare (dietetici) disciplinati dalla direttiva Ce n. 89/398, è previsto l'obbligo di notificare anticipatamente le etichette al Ministero della Sanità per metterlo in condizione di effettuare le necessarie verifiche.

b. Osservanza delle prescrizioni contenute in atti volontariamente approvati dalle categorie interessate

Per quanto riguarda il settore dei vini, l'etichettatura è assoggettata a regole precise che impongono l'osservanza delle denominazioni e delle menzioni contenute nei disciplinari di produzione adottati per i vari tipi di vino.

La tipologia delle denominazioni e delle menzioni ammesse dai singoli disciplinari comprende termini che presentano un'ampia gamma di significati e sfumature, seppur all'interno di limiti ben identificati (es. fruttato, asciutto, fresco, secco, armonico, vellutato, vivace, delicato, gradevole, morbido, aromatico, pieno, corposo, robusto, abboccato, rotondo, sapido, amabile, liscio, gentile etc.)

In ogni caso i termini usati forniscono al consumatore un'informazione in grado di orientarlo nelle scelte anche ai fini dei controlli di conformità.

Come si può vedere, rispetto ai prodotti dietetici, per i vini non sono quindi imposte notifiche preventive alla Pubblica autorità, ma viene soltanto prevista l'osservanza delle prescrizioni applicabili nel rispetto dei disciplinari esistenti.

c. Osservanza di indicazioni obbligatorie e libertà di scelta per altre menzioni nel rispetto delle regole della direttiva orizzontale n. 2000/13 sull'etichettatura

Come è noto, per la generalità dei prodotti alimentari, le regole applicabili prevedono in ogni caso l'osservanza delle disposizioni contenute nella direttiva orizzontale n. 2000/13 sull'etichettatura e la pubblicità dei prodotti alimentari. Per prodotti particolari la normativa comunitaria può prevedere altre indicazioni obbligatorie.

2. LE REGOLE E I CRITERI APPLICABILI AGLI OLÏ DI OLIVA

L'analisi sopra effettuata della normativa comunitaria applicabile agli olî d'oliva consente ora di procedere ad ulteriori approfondimenti.

a. *Le denominazioni obbligatorie*

L'art. 4, par. 1, del regolamento Ce n. 865/2004 (che riproduce l'art. 35, par. 1, del regolamento n. 136/66) stabilisce che:

«L'uso delle denominazioni e delle definizioni degli oli di oliva e degli oli di sansa di oliva riportate nell'allegato I è obbligatorio ai fini della commercializzazione dei prodotti in questione all'interno di ciascuno Stato membro, negli scambi intracomunitari e, se compatibili con le norme obbligatorie internazionali, negli scambi con i paesi terzi».

Orbene, nell'Allegato I al regolamento Ce n. 865/2004 (che riproduce l'Allegato al regolamento n. 136/66) figurano le note definizioni: olio extra-vergine d'oliva, olio di oliva vergine, olio di oliva lampante che vengono utilizzate nella commercializzazione dei corrispondenti prodotti.

Ciò significa, pertanto, che non è consentito, ed è conseguentemente vietato, porre in vendita gli oli predetti usando una denominazione diversa da quelle prescritte nel regolamento n. 865/2004 (già prescritte dal regolamento n. 136/66).

Risolto questo problema, come si può dedurre dalla normativa sopra esaminata, il problema successivo riguarda le caratteristiche che deve possedere un olio d'oliva per poter essere qualificato extra-vergine, vergine, lampante etc.

Come sappiamo, la soluzione da ultimo trovata è stata determinata dalle regole suggerite dal COI, che alla fine sono state trasfuse nel regolamento n. 796/2002 della Commissione.

In estrema sintesi, questo regolamento che ha modificato l'importante Allegato (XII) precedentemente in vigore, sulle caratteristiche degli oli di oliva, ha stabilito che la valutazione organolettica degli oli d'oliva volta a consentire l'identificazione delle caratteristiche essenziali dei medesimi, per poterli qualificare extra-vergine, vergine, lampante etc. deve riferirsi a due diversi parametri: il primo costituito dall'elenco degli attributi negativi e, il secondo, da quello degli attributi positivi.

Tenendo conto di tali attributi (negativi e positivi), la cui presenza viene valutata con il noto metodo del *panel test* sopra citato, si può arrivare a determinare l'appartenenza dell'olio esaminato ad una delle categorie previste dalla disciplina applicabile.

Come già sappiamo, gli attributi positivi, che qui essenzialmente interessano, sono: fruttato, amaro e piccante. Secondo il metodo qui esaminato, facendo riferimento all'incidenza dei predetti attributi positivi, in combinazione con l'assenza o la limitata presenza di quelli negativi, si arriva pertanto a stabilire se un olio d'oliva può essere classificato come extra-vergine, vergine, lampante etc.

La particolarità di questo metodo risulta quindi dalla funzione assegnata alla valutazione organolettica: quella cioè di permettere la classificazione degli oli d'oliva, individuando la categoria di appartenenza di ciascuno di essi tramite la verifica degli attributi di riferimento (negativi e positivi) in base alle prescrizioni della normativa comunitaria.

Se tale interpretazione è esatta è possibile pervenire ad alcune preliminari conclusioni che vengono esaminate nel successivo paragrafo.

b. Preliminari conclusioni sul punto

Se gli attributi (positivi) sopra esaminati servono unicamente per consentire la classificazione degli oli d'oliva, la loro indicazione sull'etichetta del prodotto non svolge alcuna funzione e, pertanto, il loro utilizzo non può che essere considerato facoltativo in quanto gli stessi risultano assorbiti nelle relative denominazioni obbligatorie (es. olio extra vergine etc.).

Pertanto se il produttore dell'olio di oliva vuol far sapere al consumatore che l'attributo positivo prevalente in base al quale il suo olio è stato classificato extra-vergine è quello «fruttato», potrà indicare tale attributo in etichetta, ma non sarà tenuto a farlo.

Tale facoltà risulta espressamente prevista dall'art. 5 lett. c. del regolamento Ce 1019/2002 sulla commercializzazione dell'olio di oliva dove è stabilito che:

«le indicazioni delle caratteristiche organolettiche possono figurare [sull'etichetta] esclusivamente se sono basate sui risultati di un metodo d'analisi previsto dal regolamento Ce n. 2568/91».

Orbene, poiché è da escludere che un produttore possa riportare in etichetta le caratteristiche organolettiche del proprio olio facendo riferimento agli attributi negativi (come pure è difficile che un produttore ritenga opportuno far riferimento agli attributi positivi «amaro» e «piccante», in quanto contenenti connotazioni non sempre ritenute apprezzabili per il consumatore), appare evidente che l'unico attributo positivo che potrebbe essere riportato in etichetta è «fruttato».

Il fatto però che uno solo degli attributi positivi, in una valutazione organolettica degli oli d'oliva, risulti effettivamente utilizzabile, spiega perché tale termine (fruttato) non venga sempre utilizzato come menzione facoltativa sulle etichette.

Ma al di là delle menzioni facoltative riferite alle caratteristiche organolettiche del prodotto, è pacifico che sull'etichetta possono essere riportate altre indicazioni che, non essendo in contrasto con denominazioni obbligato-

riamente imposte, possono comunque essere utilizzate per trasmettere utili informazioni al consumatore.

Ciò è ovviamente previsto dalle regole generali in materia di etichettatura dei prodotti alimentari contenute nella più volte citata direttiva orizzontale n. 2000/13, che viene espressamente richiamata tanto in diversi considerando del regolamento Ce n. 1019/2002 quanto nell'art. 1 del regolamento medesimo.

In particolare il *considerando* n. 9 del regolamento n. 1019/2002 riconosce che:

«Conformemente alla direttiva n. 2000/13 Ce, le indicazioni che figurano sull'etichetta non devono indurre in errore l'acquirente soprattutto per quanto riguarda le caratteristiche dell'olio d'oliva in questione, attribuendogli proprietà che non possiede e presentando come specifiche di quell'olio proprietà che sono comuni alla maggior parte degli oli».

Inoltre, il *considerando* n. 11, nella sua seconda parte, precisa:

«Le altre diciture che figurano sull'etichetta devono essere giustificate sulla scorta di elementi oggettivi, per evitare ogni rischio di abuso o danno dei consumatori e distorsioni della concorrenza nel mercato degli oli in questione».

Dalle disposizioni sopra riportate e dalle considerazioni sopra svolte, deriva la possibilità per il produttore di far ricorso a menzioni e indicazioni oggettive da riportare in etichetta nel rispetto delle regole stabilite dalla direttiva orizzontale n. 2000/13.

IV. Le indicazioni aggiuntive di carattere qualitativo che possono essere riportate sulle etichette degli oli d'oliva

Sulla base delle considerazioni sopra svolte è ora possibile procedere all'analisi dei limiti di ammissibilità di indicazioni aggiuntive da riportare sulle etichette degli oli d'oliva.

Per rendere più agevole la comprensione delle argomentazioni che saranno svolte, verranno prese in considerazione indicazioni tratte dalla ricca varietà di esempi che si riscontrano nel settore dei vini.

1. ESAME DELLE IPOTETICHE INDICAZIONI: «CORPOSO», «MORBIDO» E «AROMATICO»

Per esigenze di connessione logica appare opportuno trattare le due denominazioni «corposo» e «morbido» separatamente dalla denominazione «aromatico».

Le prime due si riferiscono infatti a caratteristiche qualitative legate soprattutto al sapore dell'olio mentre la terza si riferisce essenzialmente a caratteristiche olfattive legate, quindi, al profumo.

a. Le etichette con le indicazioni: «corposo» e «morbido»

I termini «corposo» e «morbido» hanno lo scopo di informare il consumatore circa il tipo di olio da acquistare.

Come tali, questi termini hanno la funzione di distinguere fra loro i vari tipi di prodotto appartenenti alla stessa linea di vendita, come normalmente si riscontra nella politica commerciale delle imprese che lanciano diverse linee di prodotto, presentate sul mercato in modo differenziato, così da poter essere ben identificate tramite appositi marchi o adeguate denominazioni.

Le denominazioni «corposo» e «morbido», se valutate alla luce dell'art. 2 della direttiva n. 2000/13 applicabile in materia, non possono indurre in errore un acquirente intenzionato a comprare un olio d'oliva soprattutto se si tratta di un olio extra-vergine di oliva.

La scelta dell'olio viene infatti determinata da pochi fattori e, tra questi, figura in primo luogo il nome o marchio del produttore (dato che la denominazione di vendita è uguale per tutti, in quanto obbligatoriamente imposta: olio extra-vergine, olio vergine, etc.)

Una volta scelto il produttore, si procede all'eventuale selezione del tipo di olio che si intende acquistare.

Orbene, i termini «corposo» e «morbido» non sono per nulla ingannevoli in quanto si limitano ad operare una distinzione tra vari tipi di olio senza magnificarne le proprietà o le qualità.

Basta infatti leggere i disciplinari dei vini, che, come è noto, contengono l'elenco delle denominazioni vietate e di quelle che è possibile utilizzare, per rendersi conto che quelle vietate sono sicuramente espressioni magnificative o laudative del prodotto come le seguenti: «scelto», «selezionato», «fine», «extra²¹», «superiore», etc.

Al contrario, quelle ammesse sono numerosissime e soltanto descrittive del tipo di vino commercializzato (abboccato, amabile, vellutato etc.).

Come si vede, pertanto, nel settore dei vini, nel quale è stata maturata la più ampia esperienza in materia di denominazioni ingannevoli, le menzioni effettivamente vietate sono soltanto quelle che in un qualche modo magnificano od esaltano il prodotto senza che sia possibile fornire alcuna giustificazione dei pregi esaltati.

²¹ Il termine "extra" può essere utilizzato nei casi in cui sia espressamente consentito, come ad esempio nel settore degli ortofruttili disciplinato dal Regolamento n. 2200/96/Cee (*Guce* n. L 297 del 21 novembre 1996 p. 1).

Di contro, i termini «corposo» e «morbido» non sono in grado di attribuire al prodotto proprietà od effetti tali da indurre in errore il consumatore, anche perché attribuiscono allo stesso consumatore un potere di scelta che comporta la rinuncia ad acquistare un altro prodotto all'interno della stessa linea del medesimo produttore. Se invece il termine fosse magnificativo («extra», «fine» etc.) potrebbe effettivamente determinare l'acquisto del prodotto magnificato che verrebbe preferito rispetto a quello di un produttore concorrente che, nel rispetto delle regole, non ha utilizzato gli stessi termini magnificativi.

Ciò dimostra che soltanto le menzioni laudative o magnificative sopra indicate («scelto», «selezionato», «extra», «fine», «superiore») hanno la possibilità di indurre in errore l'acquirente perché magnificano e basta, esaltando il prodotto di una sola marca rispetto ad analoghi prodotti di altre marche appartenenti ad altri produttori.

Al contrario, i termini «corposo» e «morbido» portano il consumatore, in definitiva, ad una scelta che ha soltanto ripercussioni all'interno della linea di prodotto della marca che lo stesso consumatore ha già inteso acquistare.

Inoltre, la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato che per stabilire se una determinata indicazione sia suscettibile di indurre in errore il consumatore, occorre riferirsi al consumatore medio, vale a dire ad un consumatore munito di un normale potere di discernimento. A tale proposito la Corte di Giustizia ha precisato che per stabilire se una dicitura pubblicitaria sia idonea ad indurre l'acquirente in errore, occorre prendere in considerazione «*l'aspettativa presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto*»²².

b. L'etichetta con l'indicazione: «aromatico»

Abbiamo già ricordato che il termine «aromatico», a differenza dei termini «corposo» e «morbido», si riferisce alle caratteristiche olfattive dell'olio.

Orbene, mentre tanto il termine «corposo» quanto il termine «morbido» sono in grado di svolgere una funzione distintiva soltanto se gli oli da essi designati vengono fra loro messi a confronto (uno risulterà, quindi, «corposo» soltanto se confrontato all'altro che dovrà essere, invece, «morbido»), il termine «aromatico» potrà, al contrario, essere utilizzato unicamente se l'olio da esso designato possiede in ogni caso la caratteristica olfattiva indicata («profumo») indipendentemente da ogni confronto con altri tipi di olio.

Ne consegue che l'olio designato come «aromatico» dovrà effettivamente essere profumato e il profumo dovrà essere chiaramente percepito come tale

²² V., in tal senso, sentenza 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Darbo*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2297, punto 20 e sentenza 23 gennaio 2003 in cause riunite n. C-421/00, n. C-426/00 e n. C-16/01, *Sterbenz e Haug*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1065, punto 43.

dal consumatore medio (come inteso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra ricordata).

Se, infatti, l'olio risulta effettivamente profumato («aromatico»), e tale caratteristica qualitativa viene considerata pregevole tanto dal produttore, quanto dal consumatore, in tal caso non debbono sussistere ostacoli che impediscano di evidenziare tale qualità nell'etichetta e nella pubblicità relative al prodotto considerato.

È ovvio infatti che i produttori debbono essere liberi di segnalare ai consumatori le caratteristiche qualificative che il prodotto effettivamente possiede.

Di conseguenza se un olio possiede tra le sue caratteristiche qualitative anche quella evidente di essere «profumato» («aromatico»), in tal caso tale caratteristica potrà essere segnalata nell'etichetta e nella pubblicità relative al prodotto.

c. Conclusioni sul punto

In effetti, che i produttori siano in ogni caso legittimati a fornire ai propri acquirenti informazioni utili, purché non menzognere, sui prodotti messi in vendita, è stato ammesso dalla Corte di giustizia in diverse sentenze.

Ad esempio, nella sentenza emessa il 24 ottobre 2002 in causa n. 99/2001, *Linhart c. Biff*²³, la Corte di giustizia ha riconosciuto che l'espressione «testato dermatologicamente» utilizzata nell'etichetta di presentazione di un prodotto cosmetico non attribuiva al prodotto degli effetti o delle proprietà tali da indurre in errore l'acquirente.

Più precisamente la citata sentenza della Corte di giustizia, al paragrafo n. 35 ha affermato che:

«la dicitura "testato dermatologicamente" non può pertanto indurre in errore un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, attribuendo ai prodotti di cui trattasi caratteristiche che essi non posseggono (...)»²⁴.

Questo indirizzo, seguito dalla Corte di giustizia, ha sicuramente influenzato l'azione legislativa della Comunità europea, nel senso che ha spinto il legislatore comunitario a prestare attenzione all'effettivo contenuto dei messaggi che vengono utilizzati per veicolare i prodotti alimentari di largo consumo sul mercato.

Ed infatti nella proposta di regolamento comunitario sugli effetti nutrizionali, funzionali e sanitari dei prodotti alimentari che il produttore intende

²³ In *Raccolta*, 2002, I, p. 9375.

²⁴ *Ivi*, p. 9405.

segnalare in etichetta²⁵, si fa riferimento alla necessità di informare adeguatamente il consumatore sul tipo di prodotto posto in vendita. In tale proposta di regolamento viene imposto un controllo, molto attento e scrupoloso, soltanto sulle indicazioni e menzioni relative agli effetti nutrizionali, funzionali e sanitari, in quanto soprattutto questi messaggi sono effettivamente suscettibili di indurre in errore il consumatore.

Appare quindi evidente che le etichette non contenenti né indicazioni nutrizionali né funzionali, né medicamentose e neppure espressioni magnificative (come «scelto», «fine», «extra» etc.) non sono in grado di indurre in errore il consumatore medio.

Ancor meno il consumatore medio potrà essere ingannato se i termini utilizzati sono simili a quelli sopra esaminati, vale a dire «corposo», «morbido» e «aromatico».

A maggior ragione, potrebbero essere legittimamente utilizzati tali termini se venissero ad esempio collegati all'impiego dell'olio nei diversi piatti della cucina italiana.

Come è noto, la direttiva comunitaria n. 2000/13 sull'etichettatura e la pubblicità dei prodotti alimentari, all'art. 2 stabilisce che l'etichettatura e la pubblicità non devono «essere tali da indurre in errore l'acquirente».

Tale articolo 2 precisa che il consumatore relativamente al prodotto alimentare non deve essere indotto in errore dall'etichettatura e dalla pubblicità per quanto riguarda:

- a. «la natura, l'identità, la qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine e la provenienza, il modo di pubblicazione o di ottenimento»
- b. l'attribuzione a tale prodotto di «effetti o proprietà che non possiede»
- c. l'attribuzione al medesimo prodotto di «caratteristiche particolari» che tutti gli altri prodotti possiedono.

Come si può agevolmente comprendere, la normativa comunitaria applicabile in questa materia, vuole impedire che mediante l'etichettatura o una particolare pubblicità, il consumatore venga indotto in errore effettuando l'acquisto di un determinato prodotto alimentare che egli non avrebbe effettuato se l'etichettatura o la pubblicità fossero state corrette.

Analizzando le disposizioni sopra riportate, si vede subito che l'impatto sul consumatore esercitato dalla etichettatura e dalla pubblicità menzognera, per indurlo ad acquistare un determinato prodotto alimentare, scegliendolo tra altri prodotti posti in vendita da produttori concorrenti, deve riguardare elementi, caratteri ed aspetti essenziali o determinanti del prodotto medesimo, riguardanti la natura, la qualità, l'origine, la provenienza etc. oppure la capacità di produrre effetti particolarmente apprezzati dal consumatore medesimo.

²⁵ Cfr. proposta sui c.d. «Claims» nei prodotti alimentari del 16 giugno 2003, Com(2003) 424 def.

Orbene, se nelle etichette del prodotto ci si limitasse a suggerire i piatti per i quali il tipo di olio può essere impiegato, si dovrebbe senz'altro concludere che ci troviamo al di fuori dell'ambito di applicazione delle disposizioni sopra viste.

Nessun consumatore può essere indotto all'acquisto di un olio extravergine d'oliva per il fatto che, nell'etichetta o nella pubblicità, tale olio viene indicato come adatto per una categoria di piatti che egli può cucinare come meglio crede.

A ben vedere, nel caso in cui la segnalazione gastronomica venisse effettuata, ci troveremmo di fronte alla prestazione di un servizio che il produttore spontaneamente cerca di rendere al consumatore che ha acquistato il suo prodotto.

Come è noto, la direttiva n. 2000/13 qui esaminata, stabilisce all'art. 3 che l'etichettatura dei prodotti alimentari deve indicare obbligatoriamente «le istruzioni per l'uso, quando la loro omissione non consenta all'acquirente di fare un uso appropriato del prodotto alimentare».

Come si vede, le istruzioni per l'uso sono addirittura obbligatorie. Ciò significa che non sono comunque proibite quando il produttore ritiene di poter rendere un servizio al consumatore, consigliandogli, come nel nostro caso, i piatti da condire con l'olio acquistato.

D'altra parte, la stessa indicazione del termine entro il quale il prodotto deve essere «preferibilmente consumato» costituisce un consiglio al consumatore che il produttore fornisce sulla base delle sue conoscenze ed esperienze.

La sola ipotesi che potrebbe identificarsi come pubblicità non accettabile, sarebbe individuabile in una forma di pressione sul consumatore perché utilizzi il prodotto per uno scopo assolutamente inammissibile, ad esempio: usare l'olio per miscelarlo con il vino. L'assurdità dell'esempio denota la difficoltà di trovare esempi che possano essere ipotizzati, nei quali il produttore arrivi a danneggiare il consumatore che ha comprato il suo prodotto.

Certo, a volte si verificano anche casi di autolesionismo, anche gravi, ma alla base di essi vi sono sempre problemi di natura psico-ideologica che non facilmente hanno modo di far presa sulle società commerciali che possono vivere e svilupparsi soltanto se soddisfano i propri consumatori e non certo se li danneggiano.

2. INDICAZIONI AGGIUNTIVE DI PURA FANTASIA

Qualora dovessero essere impiegate indicazioni aggiuntive di pura fantasia (ad esempio, «sorriso» o «freccia») non sussisterebbero problemi di natura giuridica se tali indicazioni venissero inserite nell'etichetta e nella pubblicità e risultassero riferite, ad esempio, ad un olio extra-vergine: come tali non potrebbero, in effetti, essere in grado di trarre in inganno il consumatore.

Il consumatore, in altre parole, è posto in condizione di scegliere un tipo di olio extra-vergine destinato a soddisfare le sue esigenze senza essere influenzato dal contenuto delle indicazioni aggiuntive.

In genere queste indicazioni si trasformano in marchi di impresa con la funzione di identificare il prodotto.

V. Conclusioni

Le considerazioni sopra svolte sulla base della normativa comunitaria applicabile nella fattispecie in esame, consentono di concludere nel senso di ritenere del tutto legittime le segnalazioni relative al possibile impiego dei diversi tipi di olio extra-vergine d'oliva sopra esaminati, in quanto non possono assolutamente essere considerate menzognere o tali da indurre in errore i consumatori.

Ma allo scopo di fugare ogni dubbio sulle caratteristiche che devono avere le segnalazioni pubblicitarie per essere considerate menzognere o tali da ingannare i consumatori circa gli effetti provocati dai prodotti alimentari pubblicizzati, val la pena riportare il passo di una sentenza della Corte di cassazione che si è pronunciata in una causa relativa all'utilizzo di frasi pubblicitarie destinate a promuovere la vendita di biscotti. A causa di tali frasi pubblicitarie era stato introdotto un procedimento penale perché le stesse sono state considerate tali da indurre in errore gli acquirenti alla luce dell'art. 13 della legge 30 aprile 1962 n. 283²⁶ che contiene prescrizioni simili a quelle contenute nell'art. 2 della direttiva n. 2000/13 sopra esaminata.

Tra le frasi pubblicitarie incriminate vi era anche questa: *«il germe di grano, attraverso il cracker integrale, fornisce all'organismo le sostanze organiche necessarie»*.

Secondo la Corte di cassazione²⁷, per aversi inganno ai danni del consumatore, occorre che a causa delle espressioni pubblicitarie utilizzate, il prodotto sia fatto apparire diverso da quello che realmente è.

La Corte di cassazione, di conseguenza, ha ritenuto che quella sopra riportata come pure altre frasi pubblicitarie

«non fossero idonee ad ingannare il consumatore di media intelligenza ed accortezza, circa la natura, sostanza e qualità nutritiva del prodotto così da indurlo a preferire questo ad un altro, appunto perché presentato attraverso un fraseggio pubblicitario che ne esaltava le qualità salutari,

²⁶ Modificato dalla legge 26 febbraio 1963 n. 161.

²⁷ Sentenza del 6 luglio 1965 n. 2382.

non potendosi dire che queste fossero inesistenti e che le proprietà nutritive del prodotto fossero diverse da quelle poste in risalto nelle confezioni».

Come si vede, pertanto, la Corte di cassazione ha considerato legittime alcune frasi pubblicitarie che attengono agli effetti provocati dal prodotto, affermando che non poteva essere sostenuta la inesistenza degli effetti medesimi.

Se ora si applica il ragionamento seguito dalla Corte di cassazione alle fattispecie sopra ipotizzate, si vede subito che, a maggior ragione, occorre concludere nel senso della legittimità delle segnalazioni considerate, in quanto le stesse si limitano a consigliare l'impiego di un determinato tipo di olio extra-vergine di oliva (oltretutto per la preparazione di piatti determinati), che l'esperienza del produttore ritiene opportuno segnalare.

Si tratta dunque di consigli che non fanno apparire il prodotto diverso da quello che realmente è. Inoltre l'impiego consigliato, che può ovviamente non essere seguito, non può al contrario essere ritenuto arbitrario o ingannevole e, quindi, illegittimo.

Più recentemente, la stessa Corte di giustizia, in una sentenza emessa il 15 luglio 2004²⁸ ha addirittura considerato legittimi alcuni «*riferimenti al dimagrimento*» e i «*riferimenti a raccomandazioni, certificati, citazioni, pareri medici o a dichiarazioni di approvazione*» riportati nell'etichettatura e nella presentazione di prodotti alimentari.

Anche alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria, sopra esaminata, è quindi agevole concludere nel senso che le segnalazioni pubblicitarie relative all'impiego dei diversi tipi di olio extra-vergine di oliva sopra considerati appaiono del tutto corrette e lecite in base alla normativa applicabile in materia.

Fausto Capelli

²⁸ Causa n. C-239/02, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV e Christophe Sourainis*, inedita.

RECENSIONI

Fabio Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. XVIII-368, € 26,00

Il testo di Fabio Buonomo «*La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*» (Giuffrè, 2005) compendia tematiche d'insieme ed un'attenta analisi della giurisprudenza di Strasburgo che ha portato l'Italia a liquidare compensazioni milionarie per violazione del diritto al pacifico godimento dei beni.

Aprono il volume una presentazione del sistema europeo di tutela dei diritti umani; un sommario esame della procedura dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo; un'apposita disamina dei possibili sbocchi dell'*overlapping* che va realizzandosi tra previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Carta di Nizza e Trattato di unione europea.

Ci si sofferma poi sulla tutela del diritto di proprietà, come si è andata affermando grazie all'intera giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'art. 1 del Protocollo Addizionale. In primo luogo ciò avviene individuando quali sono i beni che la Convenzione protegge; si passa poi ad esaminare le norme costitutive dell'art. 1 del Protocollo, alla luce dell'interpretazione datane dalla sentenza *Sporrong & Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982: gli obiettivi specifici di tutela, rispettivamente rappresentati dalla privazione di proprietà e dalla regolamentazione dell'uso dei beni, devono essere interpretati alla luce del principio del rispetto dei beni e della tutela dalle ingerenze illegittime nel loro pacifico godimento. La differenza tra la privazione della proprietà e la regolamentazione dei beni è netta: mentre la privazione implica il trasferimento dei beni e la conseguente perdita totale di tutto il complesso di attributi connessi alla proprietà, nel caso della regolamentazione dell'uso dei beni tali attributi della proprietà sono solo intaccati, restando intatta la titolarità sul bene, il soggetto interessato dall'attività statale resta sempre e comunque proprietario.

La particolare ricchezza delle sentenze italiane di "condanna" consente di apprezzare nei confronti dell'Italia, volta a volta, la violazione di ciascuna delle tre condizioni di liceità dell'ingerenza nel pacifico godimento, individuate dalla giurisprudenza della Corte europea. Le doglianze relative all'art. 1 del Protocollo Addizionale – che pure sotto il profilo contenutistico si differenziano tra privazione della proprietà e regolamentazione dei beni – sono analizzate dalla Corte di Strasburgo secondo uno schema tipico, fondato su passaggi successivi. I casi italiani hanno percorso appieno tutti questi passaggi, venendo a costituire un esemplare archetipo di come quella giurisprudenza funzioni.

La conformità alla legge nazionale del provvedimento assunto in concreto, che rappresenta una condizione, è conosciuta anche come *principio di legalità* (alla quale, per la privazione del diritto di proprietà, si aggiunge anche la conformità ai principi generali del diritto internazionale): essa rinvia al diritto interno – che, pertanto, finisce per divenire parte integrante del sistema convenzionale – e costituisce una delle più importanti garanzie contro l'arbitrio statale in materia di diritto di proprietà. Nell'accertare se, nel caso di specie, esista un'ingerenza nel diritto di proprietà del singolo da parte dello Stato, la Corte anzitutto verifica se il fine perseguito con la misura impugnata rispetti il principio di legalità, e, quindi, se sia stata posta in essere «per causa di pubblica utilità» (primo paragrafo, nel caso di esproprio) o «in conformità con l'interesse generale» (secondo paragrafo, nel caso di misure di regolamentazione dell'uso dei beni). Infine, valuta se l'incidenza sulla situazione dell'individuo della misura in questione si riveli esorbitante, ovvero «sproporzionata» rispetto all'utilità della collettività.

Alle fasi intermedie di questo scrutinio s'è fermata la Corte per addivenire alla declaratoria di violazione a carico dell'Italia per mancato rispetto della proprietà nella famosa sentenza *Beyeler c. Italia*, avente ad oggetto un quadro del Van Gogh, ed in materia urbanistica, con particolare attenzione alla fattispecie dei vincoli, che a partire dalla sentenza *Elia S.r.l. c. Italia* sembra aver aperto la porta ad un nuovo filone di condanne contro lo Stato italiano.

Ma è soprattutto con le sentenze *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia e Carbonara e Ventura c. Italia*, che la Corte europea, ampliando la propria giurisprudenza, ha deciso di censurare l'intera questione dell'occupazione acquisitiva appellandosi al principio di legalità. Tali pronunce hanno aperto il vaso di Pandora di una delle fattispecie più discusse del sistema giuridico italiano, al punto da avere ricadute dirette sulla disciplina nazionale introdotta dal testo unico del 2001 (sulla quale l'Autore si sofferma, unitamente alle principali pronunce delle giurisdizioni ordinaria ed amministrativa italiane, per dimostrarne la precarietà dinanzi al vaglio europeo). Si tratta di pronunce vieppiù brucianti in quanto, nel valutare l'esistenza di un fine di pubblica utilità, superiore al diritto al rispetto della proprietà privata del singolo, gli organi della Convenzione hanno lasciato agli Stati un ampio margine d'apprez-

zamento per quel che concerne le misure da adottare, limitandosi a richiedere che il fine perseguito sia legittimo e che vi sia proporzionalità tra tale fine e i mezzi utilizzati.

Per esercitare le proprie competenze di controllo sulle misure di privazione o di regolamentazione dell'uso dei beni, la Corte di Strasburgo deve pronunciarsi sulla proporzionalità di queste misure con il fine legittimo perseguito, ricercando se, nel caso di specie, sia stato mantenuto il «principio del giusto equilibrio» tra gli interessi della comunità e quelli dell'individuo. Quello del *giusto equilibrio* diviene uno dei principi fondamentali dell'art. 1, perché gioca un ruolo autonomo molto importante anche in quelle situazioni di attentato al diritto al rispetto dei beni da parte dello Stato che non rientrano nella privazione o nella regolamentazione (anche se la relativa questione è analizzata solo dopo aver constatato che l'ingerenza dedotta in lite ha rispettato il principio di legalità e non risulta arbitraria). In ogni caso, la corresponsione di una indennità è divenuta negli anni una condizione della proporzionalità tra il fine previsto ed i mezzi impiegati: con la sentenza *Lithgow e altri* la Corte ha fissato i parametri relativi alla concessione d'una indennità, ammettendo che «senza il versamento di una somma ragionevole in rapporto al valore del bene, una privazione della proprietà costituirebbe un attentato eccessivo che non si giustificerebbe nell'ambito dell'art. 1». Ma subito dopo la Corte precisa che «il livello di indennizzo necessario può divergere, sempre sotto riserva del rispetto del giusto equilibrio, a seconda che si tratti di una nazionalizzazione o di altre forme di privazione della proprietà».

Il controllo di proporzionalità si è rivelato di fatto l'elemento più incisivo nel controllo europeo sull'operato statale, anche laddove erano chiamati in causa ambiti in cui il margine d'apprezzamento statale è estremamente ampio. Per questa ragione, l'accertamento dell'esistenza di una rottura del giusto equilibrio tra interessi generali e quelli del singolo è una conseguenza particolarmente incisiva dello scrutinio della Corte: se l'Italia non è l'unico destinatario di tale scrutinio, il contenzioso contro l'Italia in materia di espropriazione è però aumentato in maniera esponenziale negli ultimi anni, incentrandosi sull'art. 5 *bis* del d.l. n. 333 del 1992. Con la sentenza del luglio 2004 sul caso *Scordino e altri n. 1 c. Italia*, la Corte ha affermato che la corresponsione, a titolo di indennità, di una somma equivalente al 40% del valore venale del bene deve intendersi come un carico sproporzionato, foriera della declaratoria di violazione.

L'anello terminale di questa catena interpretativa, a cui per il momento non si è ancora addivenuti, potrebbe essere l'ingresso della Corte nella più gelosa discrezionalità degli Stati, quella della valutazione dell'esistenza o meno dell'interesse generale: ma ci pare che già così ci sia abbondante materiale per la riflessione della dottrina e per l'operato dei pratici, a cui il libro di Fabio Buonomo offre non soltanto una lettura ragionata del cospicuo materiale esistente, ma anche alcune interessanti vedute sulle nuove frontiere verso cui va

orientandosi la tutela europea.

Infatti, nell'ambito della regolamentazione dell'uso dei beni, rilievo particolare viene dato ora alla disciplina dell'esecuzione forzata degli sfratti: il testo evidenzia l'evoluzione della giurisprudenza strasburghese dalle sentenze *Brigandi, Zanghi e Santilli c. Italia* (per cui l'aver riconosciuto la violazione dell'art. 6, par. 1 significa che la Corte giudica che siano stati preminenti le cause addebitate alla cattiva gestione del procedimento da parte delle autorità giurisdizionali o investite di un potere giurisdizionale sulla vicenda) alle sentenze *Spadea e Scalabrino c. Italia* e *Scollo c. Italia* (in cui la Corte finiva per analizzare separatamente la violazione del diritto ad un termine ragionevole e quello al rispetto del diritto di proprietà) per giungere finalmente alla sentenza *Immobiliare Saffi c. Italia*, vero e proprio *requiem* del sistema degli sfratti quale regolato in Italia.

Infine, si esamina la recente giurisprudenza strasburghese in tema di fallimento: essa ha ampliato la categoria delle fattispecie giuridiche dell'ordinamento italiano che, ricomprese nella categoria della disciplina dell'uso dei beni, finiscono per violare, *inter alia*, il diritto al rispetto della proprietà come sancito dall'art. 1 del Protocollo Addizionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con le sentenze nei casi *Luordo* e *Bottaro*, ha deciso finalmente di affrontare le aporie della legge fallimentare italiana di cui al r.d. 16 marzo 1942 n. 267, e le sue incongruenze con un regime di libertà fondamentali che rientra sempre più tra le priorità che l'Europa chiede all'Italia.

La conseguenza del permanere degli inadempimenti non è solo il proliferare di sostanziose condanne ad eque compensazioni (il cui meccanismo di determinazione è lumeggiato negli ultimi capitoli del testo): le condanne sono destinate a seguire sempre più il modello, secondo cui lo Stato condannato è chiamato (non solo a versare agli interessati le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione ma anche, e innanzitutto) a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali destinate a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze (par. 249 della sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000). Anche su questo punto l'Autore ci offre un interessante spaccato della genesi di questa teoretica, sorta dalle elaborazioni di talune opinioni dissenzienti del giudice Zupancic ed ora pacificamente accolte nella giurisprudenza maggioritaria della Corte e, quel che più conta, anche nella configurazione dei suoi nuovi poteri, data dal IX Protocollo di imminente ratifica.

Juan Fernandez-Jardon

Maria Clelia Ciciriello, *La Comunità Europea e i suoi principi giuridici – Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 1-218, € 14,00

Il volume qui recensito analizza il *corpus* del diritto comunitario in maniera organica e sistematica, enucleando i principi che ne regolano la nascita, il funzionamento e l'evoluzione. L'opera, principalmente rivolta a studiosi e cultori della materia, fa parte di un progetto editoriale di più ampio respiro, destinato ad abbracciare l'intero diritto dell'Unione europea.

L'Autrice mette, *in primis*, (capitoli I e II, pp. 15-47) l'accento sul c.d. metodo dell'integrazione ovvero sulla delega di poteri normativi e giurisdizionali dagli Stati alle istituzioni comunitarie, evidenziando come i principi dell'integrazione economica e giuridica siano strumentali agli obiettivi previsti dai Trattati. In tale prospettiva, da un lato, il principio di uguaglianza e di uniformità giuridica, l'armonizzazione legislativa e il mutuo riconoscimento, assicurano la parità di trattamento degli operatori economici e realizzano il mercato comune in libera concorrenza; dall'altro, i principi di autonomia, coerenza, unità e completezza dell'ordinamento comunitario, funzionali all'integrazione giuridica, danno vita ad una vera e propria Comunità di diritto, anche grazie al contributo decisivo svolto dalla Corte di giustizia.

La disamina dell'apparato istituzionale e dei processi decisionali comunitari (capitoli III - IV, pp. 49-102) pone, di poi, in risalto i principi che ne regolano il funzionamento e l'equilibrio interistituzionale. In particolare, a seguito dello spostamento di potere dai singoli Stati membri all'Unione europea in carenza di un pieno consenso popolare, cresce d'importanza il Parlamento europeo nel processo volto ad ovviare al c.d. «deficit democratico». In ossequio al principio di democrazia, l'organismo di rappresentanza popolare della Comunità, vede, nel tempo, aumentare i poteri di controllo politico nei confronti delle altre istituzioni, in special modo della Commissione, politicamente responsabile e censurabile per il proprio operato. Lo stesso Parlamento è, altresì, protagonista, per usare l'espressione dell'Autrice, della «democratizzazione del processo decisionale», passando da un ruolo, in precedenza, meramente consultivo ad una posizione di sostanziale parificazione con il Consiglio nella procedura di codecisione, divenuta procedura "ordinaria" per l'adozione di atti comunitari.

Nel classificare le fonti del diritto comunitario (capitolo V, pp. 103-126), sulla scia della migliore manualistica, l'Autrice analizza i principali orientamenti dottrinali riguardanti le norme c.d. primarie. Secondo la teoria ritenuta preferibile, i Trattati sarebbero norme "costituzionali", per la forza "attiva", capace di modificare il diritto sostanziale, e "passiva", nel senso di resistere alle modifiche del diritto derivato (R. Bernhardt). È altresì da approvare la scelta di aver incluso tra le norme "costituzionali" di diritto comunitario pri-

mario, insieme ai trattati, anche i *principi generali non scritti*, espressione della funzione creatrice di diritto del giudice comunitario (F. Salerno), finalizzati ad integrare le lacune dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e direttamente applicabili negli ordinamenti interni degli Stati membri secondo una prassi ormai consolidata.

Il testo, ancora, esamina approfonditamente, i principi che regolano i rapporti di competenza tra la Comunità e gli Stati, presentati nella loro «articolazione costituzionale» (capitolo VII, pp. 127-178).

Il principio di attribuzione determina le competenze esclusive della Comunità e trova nell'art. 308 la norma di chiusura che l'Autrice interpreta, restrittivamente, non come fondamento della teoria dei poteri impliciti, volta ad estendere le competenze comunitarie con il voto unanime del Consiglio, bensì in funzione di limite alla *pre-emption*.

Il principio di sussidiarietà è descritto, invece, come lo strumento che regola, non senza difficoltà pratiche, il sistema delle competenze concorrenti tra Stati membri e Comunità. L'articolata ricostruzione storico-dottrinale chiarisce anche come il rispetto del principio in questione preveda sia l'eventuale controllo successivo del giudice comunitario, sia, con la procedura di allarme preventivo (*Early Warning System*), l'obbligo di comunicare tutte le proposte legislative ai Parlamenti nazionali ed al legislatore dell'Unione.

Limite generale per entrambi i criteri è il principio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Infine, il principio di flessibilità o di cooperazione rafforzata, nelle materie di competenza concorrente, consente un'azione collettiva ad alcuni Stati allo scopo di accelerare il processo di integrazione.

A completamento della trattazione dei rapporti tra gli Stati membri e la Comunità (capitolo VIII, pp. 179-194), vengono esaminate le problematiche relative all'adattamento dell'ordinamento interno al diritto comunitario e, circa i trattati, sono ricostruite le tappe del confronto dialettico tra le tesi "moniste" del giudice comunitario e quelle "dualiste" della Corte costituzionale. Nello stesso capitolo, l'Autrice sottolinea come l'applicabilità delle fonti comunitarie secondarie non richieda procedure di adattamento, ma sia regolata dai principi giuridici della diretta applicabilità e dell'effetto diretto.

Il volume termina con una riflessione finale sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario (capitolo IX, pp. 195-208). Questi ultimi, in assenza di una catalogazione espressa, sono creati dall'interpretazione della Corte di giustizia e distinti in due gruppi a seconda che vengano desunti dalle "tradizioni costituzionali" di tutti gli Stati membri oppure rilevati in seno all'ordinamento comunitario. La Corte, in un primo momento, limita la propria *iurisdictio* solo alla seconda categoria, ma nel corso del tempo muta atteggiamento affermando la propria competenza a garantire il rispetto dei diritti umani da parte delle Istituzioni comunitarie, sia richiamando le tradi-

zioni costituzionali degli Stati membri, sia i Trattati internazionali.

L'iniziale disinteresse viene, infine, definitivamente superato con il richiamo espresso operato dall'art. 6 TUE alla Convenzione di Roma del 1950 sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che impone a tutte le Istituzioni comunitarie, inclusa la Corte di giustizia, il rispetto dei diritti in essa sanciti. L'unico presupposto per la legittimità dell'intervento della Corte è la sussistenza di una connessione tra il diritto che si presume violato e la sfera delle competenze attribuite alla Comunità/Unione europea (G. Strozzi).

Le ultime considerazioni, rivolte al processo di codificazione dei diritti e libertà fondamentali culminato nella Carta di Nizza, si allineano alla dottrina dominante tanto nell'esprimere i dubbi circa la portata giuridica e l'originalità dei contenuti, quanto nel sottolineare l'importanza «ideologico-politica» del suo recepimento nel Trattato che adotta una Costituzione europea.

Completa l'opera una *bibliografia essenziale* che ricapitola i soli commentari, manuali e monografie effettivamente consultati e non richiamati nel corso della trattazione.

Il volume si lascia apprezzare per l'esposizione chiara e sistematica della materia centrata su un'analisi di ampio respiro dei principi giuridici ad essa sottesi, risultando, nel contempo, saldamente ancorata al dato normativo e suffragata dal puntuale riferimento alle indicazioni fornite dall'attività interpretativa e creativa del Giudice comunitario. Inoltre, tanto i contributi della giurisprudenza comunitaria quanto quelli riguardanti il progetto di Trattato costituzionale risultano ben evidenziati e utilmente distinti dal *corpus* del testo grazie ad una differente impaginazione.

Il risultato è l'emersione dei principi che hanno consentito la genesi ed il funzionamento della Comunità/Unione europea, garantendo l'equilibrio con gli Stati membri e tra le istituzioni che la animano, favorendone lo sviluppo e l'evoluzione.

L'Unione europea, nella rappresentazione che ne dà l'Autrice, si presenta come un'organizzazione internazionale dai connotati di assoluta originalità per il grado di integrazione economico-politica e giuridica, e viene a caratterizzarsi per una dimensione di crescente dinamismo nonché per la costante attenzione alle esigenze di democratizzazione e di appartenenza del cittadino al fenomeno comunitario.

Giuseppe D'Ambrosio

Enzo Moavero Milanesi, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. XVI-305, € 20,00

La disciplina comunitaria sulla concorrenza è stata oggetto, in questi ultimi anni, di un processo di modernizzazione innescato dall'evoluzione dello

scenario economico e geografico dell'Unione europea, dalla realizzazione dell'obiettivo di integrazione dei mercati e, più in generale, dalla crescita della "cultura della concorrenza" in Europa.

L'entrata in vigore il 1° maggio 2004 dei regolamenti sull'applicazione delle regole in materia di accordi restrittivi e di abuso di posizione dominante (Regolamento n. 1/2003) e sul controllo delle concentrazioni (Regolamento n. 139/2004) ha profondamente cambiato le regole del gioco e i rispettivi ruoli di imprese, Commissione europea, giudici nazionali e Autorità nazionali di concorrenza, nel senso di una maggiore efficienza dei controlli e di un avvicinamento delle politiche di concorrenza agli operatori nazionali. Parallelamente alla riforma delle norme *antitrust*, anche la materia degli aiuti di Stato ha formato oggetto di una nuova disciplina sostanziale con il Regolamento n. 659/99, completato dal Regolamento n. 794/2004 per quanto riguarda alcuni specifici aspetti procedurali.

Tutti questi profili ed altri ancora sono affrontati nel volume di Enzo Moavero Milanesi, i cui due capitoli introduttivi illustrano rispettivamente i concetti fondamentali di "mercato unico europeo" e di "libertà di concorrenza", unitamente ad una rassegna delle fonti normative e ad un esame dell'apparato istituzionale della Comunità relativamente ai compiti in materia di politica di concorrenza. Seguono alcuni capitoli (III, IV e V) che analizzano le fattispecie degli accordi restrittivi della concorrenza e degli abusi di posizione dominante, nonché le procedure per l'esame degli accordi e degli abusi, e (VI e VII) i profili rilevanti delle concentrazioni fra imprese, le imprese comuni (c.d. *joint ventures*) e i patti accessori alle concentrazioni fra imprese, completati dall'esame delle procedure di controllo. I successivi capitoli (VIII e IX) affrontano, invece, l'ambito degli aiuti statali alle imprese e le procedure per l'esame degli stessi.

Come si vede, fin qui la trattazione della materia segue lo schema classico, nella successione degli argomenti, conosciuto dalla manualistica contemporanea dedicata (o contenente una parte specificamente dedicata) alla politica di concorrenza. Elemento di novità consiste, invece, nell'aggiunta di due capitoli finali riguardanti rispettivamente le imprese pubbliche (X) e le liberalizzazioni, i servizi di interesse generale e le privatizzazioni (XI). L'ampliamento non è senza significativa importanza visto che affronta i settori più attuali e nevralgici dello sviluppo del mercato interno: si pensi, solo per fare un esempio, al processo di liberalizzazione dei trasporti e a quello relativo ai servizi finanziari e di radiodiffusione.

Si tratta di un volume che non solo offre una trattazione ampia e sistematica di tutti gli istituti rilevanti del diritto europeo della concorrenza ma si propone anche di fornire un primo quadro d'insieme delle novità introdotte dalla recente riforma che, come sopra ricordato, ha portato profondi cambiamenti sul piano procedurale. È così che, attraverso un costante e puntuale confronto

delle nuove norme con la disciplina precedente, emergono i nuovi poteri della Commissione europea nell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato e, parallelamente, vengono illustrate le competenze dei giudici nazionali e delle Autorità nazionali di concorrenza chiamati, a partire dal 1° maggio 2004, ad applicare direttamente l'art. 81, par. 3, in tema di esenzioni individuali. La trattazione consente altresì di comprendere le ragioni di fondo del nuovo regime di eccezione legale che ha sostituito il precedente sistema di notifica preventiva degli accordi e mette in evidenza la maggiore responsabilità di cui sono investite le imprese, tenute ad effettuare esse stesse una valutazione *ex ante* di conformità dei loro accordi con la disciplina *antitrust*. Emerge, inoltre, il fondamento dei nuovi doveri di cooperazione tra autorità nazionali e comunitarie di concorrenza ed è chiaramente posto in luce dall'A. l'obiettivo di addivenire ad una ottimale allocazione dei casi concreti tra Commissione europea e autorità dei diversi Paesi membri.

Nel trattare i diversi profili appena tracciati si ritiene che il volume assolva ampiamente il compito che si propone.

La peculiarità dell'opera e il suo maggior pregio consistono nel riuscire ad integrare i profili economici e giuridici della materia in un quadro armonico attento a far emergere le esigenze e le problematiche di una compiuta realizzazione del mercato interno (obiettivo primario del Trattato di Roma e chiave di lettura – in senso funzionale – dell'intera disciplina comunitaria della concorrenza), senza tralasciare i profili storici e istituzionali dell'Unione europea nonché le prospettive della politica di concorrenza tracciate dal nuovo Trattato costituzionale.

Inoltre, l'esperienza sul campo e la competenza dell'Autore (attualmente Segretario Generale Aggiunto della Commissione europea), riconosciute dal Commissario Mario Monti nella prefazione, arricchiscono il volume con richiami costanti ai *case law* (di cui si trova un completo e ampio elenco cronologico in appendice dell'opera) e frequenti riferimenti alla struttura dei competenti uffici della Commissione europea e alla prassi amministrativa, conosciuta nel dettaglio dall'A. per gli incarichi ricoperti anche nel settore della concorrenza.

L'opera si rivolge non soltanto ad un pubblico universitario, per il quale sembra specificamente approntata per la sua agilità e, non si può fare a meno di constatare, anche a ragione della sempre più accentuata specializzazione dei percorsi universitari, ma soprattutto agli operatori interni e comunitari oltre che ai cultori del diritto europeo della concorrenza.

In sostanza, dunque, il volume offre una trattazione sistematica, completa e aggiornata del nuovo diritto europeo della concorrenza che, anche a ragione della chiarezza espositiva e della linearità degli argomenti trattati, si ritiene ben possa meritare il titolo di "manuale" di *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*.

Daniela Marrani

Rudolf Streinz (a cura di), *EUV/EGV - Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München, C. H. Beck, 2003, XXX, 2734 s. + CD-ROM, € 184,00

La rilevanza del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti degli Stati membri è nota da tempo a tutti coloro che, operando nei più diversi settori del diritto e dell'economia, sentono la necessità di tenersi aggiornati sull'applicazione e sull'evoluzione di tale diritto.

L'opera qui recensita costituisce un valido strumento di aggiornamento, sotto il profilo dottrinale e giurisprudenziale, per gli avvocati, i magistrati e gli operatori del diritto in genere. Si tratta di un commentario ai Trattati istitutivi dell'Unione europea e della Comunità europea nella versione attualmente in vigore, con le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza.

Alla redazione del commentario hanno collaborato numerosi giuristi di formazione accademica nonché specialisti delle varie materie e funzionari delle istituzioni europee. L'approccio ad ogni tematica viene agevolato da un indice alfabetico e da un sommario di facile consultazione. Il volume è corredato di un'ampia bibliografia nonché di una serie di indici contenenti numerosi riferimenti agli atti comunitari e alla giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo. Si tratta, in conclusione, di un'opera che offre riferimenti preziosi ai lettori che vogliono effettuare ricerche specifiche e adeguati approfondimenti nelle materie disciplinate dal diritto comunitario.

Barbara Klaus

Tullio Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, continuazione del *Diritto internazionale* di M. Giuliano, nuova edizione del *Diritto internazionale*, parte generale di Mario Giuliano, Tullio Scovazzi, Tullio Treves, pp. I-XVI/1-781 € 55,00.

Il volume qui recensito, come si desume dalla stessa intitolazione, si pone in un rapporto di continuità con due precedenti opere manualistiche che rappresentano, a ben diritto, la linea di evoluzione di una Scuola di pensiero che trova in Mario Giuliano il suo illustre fondatore. Invero, il manuale di Tullio Treves, non diversamente da altre opere presenti nella letteratura giuridica internazionalistica di tradizione anglo-americana, si pone come nuovo manuale ad esito di un travaglio intellettuale, marcato da una presenza editoriale forte coincidente con un periodo durato oltre un ventennio tra il secolo attuale e la fine del secolo scorso.

Era la terza volta nel corso di un secolo che si assisteva alla pubblicazione di un trattato italiano di diritto internazionale in più volumi, allorché nel 1983 compariva l'opera di M. Giuliano – T. Scovazzi – T. Treves, *Diritto internazionale* (2 volumi). I. *La società internazionale e il diritto*; II. *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*, Milano, II edizione. La prima volta accadde all'internazionalista Pasquale Fiore con le edizioni del 1879 e del 1887-1891: si era allora agli esordi della dottrina italiana appena preceduti da una breve serie di prolusioni, saggi e lezioni di origine accademica e si assisteva alla trasformazione di un manuale universitario in un trattato scientifico-professionale destinato ad un pubblico più vasto. La seconda volta è accaduto ad Angelo Piero Sereni con l'unica edizione del 1956-1965: fiorivano nel mondo accademico vari tipi di letteratura destinati alla didattica (principi, introduzioni, elementi, lezioni, corsi, manuali) e si assisteva alla nascita improvvisa, purtroppo non rinnovata, di un'opera ampia che faceva stato del diritto internazionale, rappresentato in una grande sintesi aggiornata al periodo precedente e successivo al secondo conflitto mondiale.

Appunto nel 1983 compare l'opera collettanea che, è bene dirlo subito, non nasceva da uno sviluppo prorompente della letteratura accademica destinata alla didattica, quanto da un'accelerazione impressionante e senza precedenti storici della produzione giuridica internazionale di ogni ordine e grado e da una conseguente espansione, quasi illimitata, della letteratura specialistica mondiale. Ben sensibile a tale fenomeno, il maestro italiano preferiva percorrere la via dell'aggiornamento dei due volumi già comparsi a quella dell'elaborazione del già preannunciato terzo volume, all'epoca in corso di stesura e mai pubblicato. E, pertanto, Giuliano associò a sé due noti specialisti italiani della disciplina, allievi della sua stessa Scuola, e perciò testimoni e collaboratori privilegiati. Pur rispondendo ad un progetto originariamente individuale di ricerca il trattato era divenuto il frutto di un'opera collettiva e si era allineato ad analoghe esperienze straniere, relative a progetti comuni di ricerca destinati all'insegnamento ed alla pratica professionale.

Con tali innovazioni, il trattato "giuliano" conservava intatta la sua impostazione originaria ed i ben noti pregi con cui si era imposto nella letteratura e non soltanto in quella di lingua italiana. Questi pregi sono ampiamente noti e riconosciuti, come espressione comune dell'itinerario intellettuale di un'intera generazione dei giuristi italiani del dopoguerra nel settore del diritto internazionale ed insieme della personalità scientifica assolutamente unica e peculiare del suo Autore. Ad un giudizio di tale portata, o almeno alla tentazione di un tale giudizio, non si può sfuggire nella valutazione di un'opera del genere. Il superamento della crisi *pre*-bellica del diritto internazionale e l'ap-prodo della dottrina internazionalistica ad una fase *post*-positivistica e *post*-kelseniana risultava essere favorito dal senso dell'esperienza giuridica come esperienza "mondiale", che il Giuliano viveva e rappresentava nel suo trattato. Egli ripercorreva l'esperienza storica plurisecolare del diritto internazionale e

della sua dottrina e, non a caso, egli si riconosceva nella qualificazione dell'internazionalista come «*historico jure peritus*» da lui stesso rilevata. Egli faceva rivivere la vicenda attuale del diritto internazionale nei suoi aspetti governativi, diplomatici, giurisprudenziali e dottrinali, come dimostra la preziosa «bibliografia generale» premessa all'opera, comprensiva non solo delle indicazioni dottrinali in senso stretto di opere sia giuridiche che storico-politiche delle relazioni internazionali, quanto anche delle raccolte, dei repertori, dei digesti, del materiale normativo di origine sia nazionale che internazionale e, pur essendo l'A. convinto che tale complessiva vicenda normativa del diritto internazionale fosse di formazione essenzialmente eurocentrica, è difficile trovare altrove l'indicazione di tante altre raccolte di prassi e di dottrina americana e di Paesi del terzo mondo.

Entrando in un sommario riesame del merito, restava sostanzialmente immutata solo la parte seconda relativa alla «scienza giuridica» ed al diritto internazionale, unificata in due capitoli che conservavano contenuto identico. La parte prima su «diritto internazionale e società internazionale» presentava alcuni aggiornamenti su aspetti largamente problematici della vicenda storica e dell'attualità politica. Di fattura totalmente nuova era, invece, il capitolo sulla responsabilità internazionale; ampliato e rinnovato risultava quello sull'adattamento del diritto italiano al diritto internazionale, ma senza cedere alle lusinghe di un neo-nazionalismo su basi costituzionalistiche o comunque "internistiche" presenti in alcuni aspetti dell'esperienza italiana degli anni Settanta. Le più consistenti modifiche erano ovviamente presenti nella parte quinta per le innovazioni subite dal diritto consuetudinario e convenzionale del mare e, infine, nella parte sesta relativa alla diplomazia bilaterale e multilaterale (organizzazioni internazionali e relative rappresentanze degli Stati).

La ricompensa più gradita che l'autore di un trattato può avere dalla sua fatica sta nell'attesa rispettosa che ne accompagna la preparazione prima ancora del completamento e della finale pubblicazione: con tale seconda edizione l'opera di Giuliano, Scovazzi, Treves aveva perfettamente raggiunto il suo scopo e si presentava come un manuale uno ed unico di diritto internazionale generale consapevolmente chiamato a competere con quelli delle principali letterature giuridiche di lingua italiana.

Le vicende dell'ultimo ventennio successivo hanno legittimato un impegno straordinario determinato dalla crisi del diritto internazionale contemporaneo e più particolarmente dal suo centro motore costituito dal diritto internazionale onusiano (di provenienza ONU). Più ampiamente l'ultimo ventennio ha sottoposto il diritto internazionale ad un duplice processo contraddittorio di sviluppo istituzionale in senso universale o globale (vedi diritto della responsabilità internazionale degli individui come organi di Stato), ma anche di de-internazionalizzazione o *deregulation* mediante la riappropriazione in capo agli Stati di larghi poteri di *self-defence* e di *self-security* (c.d. diritto internazionale della guerra legittima e dell'intervento umanitario). La responsabilità assunta da

Tullio Treves come erede e successore del grande manuale di Mario Giuliano, appositamente concordata con l'antico coautore Mario Scovazzi, deriva pienamente dalla matura consapevolezza delle risposte scientifiche da dare di fronte a tali mutamenti epocali dell'ordine internazionale.

Il volume, contenente un aggiornamento completo, esaustivo e dettagliato della disciplina internazionalistica (*up-to-date*), si pone, pertanto, nell'ottica di un diritto internazionale *post*-moderno inteso come crisi e superamento del diritto internazionale onusiano. Più che di un nuovo manuale o della continuazione di un manuale pregresso si assiste ad un mutamento culturale. Il *D-day* viene fatto coincidere con l'inizio del decennio degli anni Novanta a partire dal quale non avviene la *tabula rasa* della precedente esperienza del diritto internazionale, sviluppato e progredito dopo il 1945, ma piuttosto una sua ampia revisione critica fatta insieme di innovazione rispetto al precedente e di sua recezione in termini più ampi. Tale complessiva visione viene ancora vissuta in modo problematico cosicché non sfugge all'A. la difficile compatibilità tra modelli generali e particolari della legislazione internazionale, così come acuta è la sensazione di una crisi della giurisdizione internazionale all'interno della quale l'orgoglio delle giurisprudenze finisce per innalzare troppe "bandiere" singole alla protezione internazionale dei valori condivisi (diritti umani, tutela dell'ambiente, commercio e sviluppo interno, ecc.). Maggiormente acuta è la valutazione problematica dell'A., allorché Egli esamina, con prudente saggezza, l'allargamento dei regimi della *self-help* e della *self-security* internazionale, conseguente alle politiche di anti-terrorismo e di auto-difesa di Stati e gruppi di Stati.

Il sommo giudizio finale da esprimere su un'opera di così elevato profilo etico e scientifico, che conduce l'intera manualistica italiana verso l'attualità del secolo presente, non può che essere di altissimo apprezzamento. L'A. è rimasto fedele al deposito scientifico del diritto spontaneo come carattere marcante della Scuola di tradizione giusnaturalistica e di rigorosa applicazione normativa e giurisprudenziale. Altresì, è approdato alle prospettive del diritto istantaneo maggiormente sensibile alle innovazioni della vita pubblica e privata internazionale nell'ottica di una visione fenomenologica ed istituzionale peculiare al diritto delle relazioni internazionali come espressione "vivente" dell'ordine umano complessivo. Tutto ciò senza mutare l'impostazione generale dei caratteri fondamentali dell'ordinamento, quale ambiente di vita interstatale, caratterizzato, ma non soggiogato dalla vita internazionale dei privati nel contesto di valori generali permanenti e nobilmente condivisi dalla letteratura giuridica italiana più accreditata.

Massimo Panebianco

ARTICOLI

QUALE LEADERSHIP DEMOCRATICA NEL NUOVO TRATTATO DI ROMA?

Sommario: 1. La "forma di governo" dell'Unione europea fra continuità, innovazione e democratizzazione - 2. Il dibattito sulla leadership democratica in seno alla Convenzione - 3. La "forma di governo" nel nuovo Trattato di Roma - 4. Considerazioni conclusive: la leadership democratica fra assetto istituzionale e competenze.

1. La "forma di governo" dell'Unione europea fra continuità, innovazione e democratizzazione

In una fase di ridefinizione dei modelli istituzionali elaborati negli ordinamenti costituzionali europei e di riflessione sull'applicabilità di simili modelli a forme politiche che trascendono i tradizionali confini dello Stato, della sua sovranità e della sua comunità politica, gli interrogativi sollevati dall'esigenza di rinnovate forme e procedure dell'azione politica investono anche l'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Esso, principalmente a partire dal Trattato di Maastricht, si è progressivamente articolato fra esigenze di consolidamento ed innovazione lungo un processo di costituzionalizzazione di un'architettura nata su un piano internazionalistico, tanto che il diritto costituzionale europeo è diventato un tema cardine della riflessione costituzionalistica odierna¹.

¹ AA. VV., *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, *VVDStRL* 60, 2001, p. 148 ss.; V. ATRIPALDI - R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003; V. ATRIPALDI - R. MICCÙ - I. PERNICE (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Il "nuovo" Trattato di Roma fra consolidamento ed innovazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005; A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 59 ss.; F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003; F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004; AA. VV. (CIDE a cura di), *Una Costituzione per la nuova Europa*, Milano, Giuffrè, 2003; H. J. BLANKE - S. MANGIAMELI (a cura di), *The European Constitution*, Berlino-Heidelberg, Springer, 2005; A. VON BOGDANDY (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlino-Heidelberg, Springer, 2002; ID., *The European Constitution and European identity*, New York, NYU School of Law, 2004; P. CRAIG, *Constitutions, Constitutionalism*,

Gli ordinamenti dei Paesi appartenenti all'Unione europea sono attraversati da un processo di trasformazione della forma di governo parlamentare nel senso di una più o meno marcata valorizzazione della funzione e delle competenze del Governo e del suo *Premier*, Primo ministro o Cancelliere² attraverso nuove norme o costituzionali, o amministrative o nella prassi.

Dato oramai acquisito al patrimonio di dottrina è che la separazione dei poteri come principio organizzativo cardine degli ordinamenti nazionali non è il criterio alla base della costruzione e dell'evoluzione del sistema istituzionale unionistico-comunitario. Detto criterio è stato sostituito, piuttosto, da quello dell'equilibrio dei poteri e degli interessi all'interno di un "quadrilatero" composto da Parlamento, Commissione, Consiglio europeo e Consiglio imperniato su un sistema di *check and balances*, e da quello della leale collaborazione che ha come corollario il non ostacolare e l'agevolare l'esercizio delle varie competenze ad opera delle istituzioni. Il modello di organizzazione è di tipo «pragmatico, che resiste a tutte le concettualizzazioni»³.

and the European Union, in *EL Rev.*, 2001, p. 125 ss.; S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 3 ss.; ID. *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 455 ss.; L. LEUZZI - C. MIRABELLI, (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, Lungro di Cosenza, Marco, 2003; A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI, *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004; J. NERGELIUS - P. POLICASTRO - K. URATA (a cura di), *Challenges of multilevel constitutionalism*, Cracovia, Polpress Publisher, 2004; P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Parigi, Pedone, 2004; I. PERNICE, *A constitution for the European Union. First comments on the 2003 draft of the European Convention*, Baden Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 2003; C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologna, Il Mulino, 2002; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002; J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Milano, Giuffrè, 2003; J. H. H. WEILER - M. WIND (a cura di), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; ID., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Parigi, Pedone, 2004; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003 - si vedano in particolare i contributi di D. GRIMM, J. HABERMAS e I. PERNICE - F. MAYER sul concetto di Costituzione integrata o composita, composée o Verfassungsverbund; G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1996.

Della impostazione internazionalistica si condividono, in tale sede, la tendenza a vedere nel Trattato una sede privilegiata nella quale sia possibile concentrare obiettivi condivisi, funzioni istituzionali verticalizzate e competenze normative primarie e secondarie grazie alle quali si svolge la politica dell'Unione europea.

Per una collocazione del nuovo Trattato di Roma nella storia dei trattati unionistici e comunitari europei, più che nella dimensione costituzionale da ultimo: R. LA VALLE, *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, in www.constituzionalismo.it, n. 3/2004. Per una compiuta definizione del quadro normativo unionistico-comunitario: F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001; A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

² S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1997; S. CECCANTI - S. VASSALLO (a cura di), *Come chiudere la transizione*, Bologna, Il Mulino, 2004 - in particolare i capitoli da XIII a XVI -; S. FABBRINI - S. VASSALLO, *Il governo*, Roma-Bari, Laterza, 2002. In prospettiva politologica: A. CRISCITIELLO, *Il cuore dei governi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004; G. PASQUINO (a cura di), *Capi del governo*, Bologna, Il Mulino, 2005. Tale opera è uno studio comparato sui poteri dei capi di governo, principalmente in Europa.

³ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, Dalloz, 2004, p. 207. L'Autore contrappone questo approccio pragmatico alla inadeguatezza della teoria della separazione dei

Anche nell'Unione europea l'esigenza è, diversamente da quanto è accaduto all'interno degli Stati ove si è provveduto al decentramento ed alla differenziazione dei poteri rispetto ad un potere assoluto, quella di creare un nucleo centrale forte, rappresentativo degli Stati, sia come singoli che *uti universi*, sia nella prospettiva comune che in quella particolare in ragione della sussistenza e della persistenza, appunto, della sovranità statale.

Questa funzionalizzazione si ripercuote anche sul processo decisionale, il quale si adatta al ruolo di volta in volta ricoperto dalle istituzioni a seconda delle tematiche da regolare. Se l'art. 3 TUE parla di quadro istituzionale unico che opera in riferimento all'Unione nella sua complessità, all'opposto dall'art. 5 TUE si coglie agevolmente che le istituzioni sono organi delle tre Comunità europee ed agiscono in ragione delle statuizioni dei trattati istitutivi, dunque le loro azioni sono imputabili, di volta in volta ad una di codeste Comunità.

Il Trattato di Roma del 2004⁴ risponde alla esigenza di un maggiore rendimento e trasparenza delle istituzioni e si muove, non senza alcune ambiguità e contraddizioni, fra la creazione e la valorizzazione di figure monocratiche e l'implementazione del Parlamento e di altre istituzioni consiliari o collegiali, all'interno di una esigenza di fondo di maggiore valorizzazione, anche al livello istituzionale e di *leadership*, del principio democratico.

Proprio questa sorta di ambivalenza, di collegialità concretizzantesi nello sviluppo del principio parlamentare-rappresentativo da un lato – co-legislazione del Parlamento europeo, istituzionalizzazione dei rapporti con i Parlamenti nazionali, più ampi poteri di controllo – e di monocraticità dall'altro – presidente del Consiglio europeo, ministro degli affari esteri, presidente della Commissione europea eletto dal Parlamento europeo su designazione del Consiglio europeo, presidente del Consiglio nelle sue varie composizioni – sembra fornire una corretta via interpretativa alla ricerca di un equilibrio efficiente fra istanza parlamentare, intergovernativa e comunitaria, fra organi espressione della soprannazionalità o della intergovernatività.

Seguendo le parole di autorevole dottrina, la c.d. forma di governo europea avrebbe determinato un modello consociativo «realizzato attraverso un intreccio intricato di consigli e di sedi di decisione specializzate, che ha natura burocratica piuttosto che democratica»⁵, un «labirinto decisionale» poten-

poteri e sottolinea, quali principi relativi alla struttura istituzionale dell'Unione, l'equilibrio istituzionale, l'autonomia delle istituzioni, la leale collaborazione fra istituzioni, la trasparenza e l'accesso ai documenti.

Ovviamente il presente contributo riferito alla complessiva "forma di governo" come risultante da un processo costituzionale consolidato nel tempo, si occupa precipuamente del solo aspetto verticistico o apicale dell'intero sistema.

⁴ In seguito anche nell'abbreviazione convenzionale di Trattato.

⁵ P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni, p. 4.

zialmente in grado di ridurre la trasparenza dei processi decisionali⁶.

Di "forma di governo", proprio in ragione del fatto «che gli organi di vertice dispongono di competenze variamente frammiste, in assoluta indifferenza del principio di separazione dei poteri (...)»⁷, non può propriamente parlarsi, dovendosi preferire la distribuzione del potere all'interno dell'Unione europea⁸.

Il presente contributo, pertanto, calato all'interno di un processo ancora *in fieri*, si occupa precipuamente dell'aspetto verticistico o apicale dell'intero sistema.

In linea teorica, la istituzionalizzazione del Consiglio europeo – che, alla luce dell'assetto normativo delineatosi o consolidatosi con il Trattato di Nizza del 2000, non è una istituzione della Comunità europea ma solo dell'Unione europea – e la creazione di altre istituzioni, per ciò stesso modifica l'insieme delle mutevoli relazioni esistenti nell'assetto organizzativo dell'Unione. Ma il mutamento, malgrado l'Unione istituita dal Trattato succeda all'Unione europea ed alla Comunità europea, in ragione del combinato disposto degli artt. IV-437 e IV-438, comunque si colloca in una sostanziale stabilità.

Se in riferimento all'art. IV-438, 1° comma, si introduce una sorta di continuità istituzionale⁹, se al successivo comma 2° si inserisce un altro importante criterio di continuità giuridica laddove si afferma che «(...) istituzioni, organi ed organismi esistenti alla data di entrata in vigore del presente trattato, esercitano, nella loro composizione a tale data, le attribuzioni conferite loro ai sensi del presente trattato finché non saranno state adottate nuove disposizioni in applicazione dello stesso o fino al termine del loro mandato», allora si è in presenza di un Trattato che, nel muoversi fra continuità ed innovazione, sceglie anche di integrare e non di fare *tabula rasa* dell'esistente. Si manifesta nitidamente, anche in riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con le sue note esplicative contenute nella Dichiarazione n. 12 allegata, un diritto transitorio, un criterio di integrazione e non di dis-integrazione degli assetti previsti nel nuovo Trattato, una continuità funzionale dei poteri organizzati della Comunità e dell'Unione, delineata anche dai commi 3° e 4° dell'art. IV-438 che prevedono una continuità materiale e sostanziale degli atti normativi pregressi, amministrativa e procedurale.

All'interno di questa cornice, fermo restando che l'Unione europea si ba-

⁶ P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali*, cit. supra, nota 5, p. 8.

⁷ G. FERRARA, *La costituzione europea: un'ambizione frustrata*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/04, p. 5.

⁸ G. FERRARA, *La costituzione europea*, loc. cit., p. 6. L'Autore riprende sia L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 760, che – in tema di ricostruzione degli elementi costitutivi della forma di governo dell'Unione europea, L. RONCHETTI, *Sopranazionalità senza sovranità: la Commissione ed il Parlamento dell'Ue*, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 197 ss.

⁹ Nella medesima prospettiva anche il Protocollo sulle disposizioni transitorie relative alle istituzioni e agli organi dell'Unione.

serà sempre su «una collaborazione integrata fra ordinamenti giuridici, sulla integrazione fra un nuovo ordinamento espressione di una realtà tendenzialmente sopranazionale ed in quanto tale sovraordinata ma fortemente collegata con gli ordinamenti giuridici nazionali»¹⁰, fermo rimanendo che improduttiva risulterà la "colonizzazione" da parte delle categorie del diritto pubblico statale, sarà possibile ricondurre l'esercizio di uno specifico potere ad una determinata istituzione, superare la regola per la quale più organi esercitano più poteri all'interno di una medesima funzione, si potrà andare oltre la variabilità della struttura istituzionale a seconda dell'ampiezza o complessità del potere entro la funzione?

Che responsabilità e che ruolo avranno le forme politiche monocratiche e, in particolare il presidente del Consiglio europeo, quest'ultimo sarà il vertice di un governo centrale con potere e competenza primaria, autonoma e/o anche condivisa con gli Stati membri, sarà un presidente dell'Europa? Ovviamente, la risposta a domande di simile tenore sarà più fruttuosa alla luce del dispiegarsi effettivo delle relazioni della c.d. forma di governo europea¹¹, ma la chiarificazione degli aspetti menzionati giova nel dare solidità ad una organizzazione sopranazionale, ad una comunità di diritto, basata appunto sul principio dello stato di diritto, che per perseguire i propri obiettivi al meglio deve dotarsi di assetto istituzionale adeguato.

Se alla luce del Trattato di Roma¹² si va incontro ad una nuova architettura

¹⁰ E. TRIGGIANI (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, supplemento speciale di *Sud in Europa*, fasc. settembre-ottobre 2004, Bari, p. 25-26.

¹¹ La mancata ratifica del Trattato da parte di Francia ed Olanda apre scenari giuridici e politici completamente nuovi anche in riferimento all'assetto istituzionale. Essa, letta in riferimento sia al vigente art. 48 TUE, sia alla Dichiarazione n. 30 allegata al Trattato relativa al nuovo meccanismo della sua ratifica, nel momento in cui apre una fase di profonda riflessione sul percorso di integrazione europea, al contempo "rimanda", come anche si vedrà a proposito dell'art. IV-443 comma 4°, alla *leadership* politica, alla centralità del ruolo di negoziazione del Consiglio europeo.

¹² Nell'ultimo triennio, il Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 è stato oggetto di ampio dibattito di livello europeo. Non è questa la sede per una analisi anche solo degli aspetti generali e non è neanche possibile affrontare il dilemma Costituzione-Trattato o di un Trattato che si "autoproclama" Costituzione, ma siano consentite poche considerazioni. Se si analizza il testo costituzionale – espressione questa che, anche utilizzata nel c.d. Mandato di Laeken del dicembre 2001, sembra la più idonea perché meglio rende l'intreccio fra prospettiva amministrativa, costituzionale e unionistica-comunitaria dell'atto in analisi – cercando nel medesimo le tracce di una Costituzione *uno actu* alla luce delle fondamentali categorie di diritto pubblico generale, si resta inappagati. Questo testo va letto e considerato quale trattato istitutivo di una organizzazione internazionale allargata a venticinque Paesi, alla luce del mandato di Laeken del dicembre 2001, alla luce di ciò che esso contiene e non delle aspirazioni degli interpreti. Il Trattato recepisce e semplifica, con alcune significative innovazioni – ad esempio, limitatamente alla tematica trattata in queste pagine, la saldatura dei diritti, dei valori e delle istituzioni nell'ottica del diritto primario – cinquanta anni di integrazione europea la quale, da una prospettiva principalmente economica e di valorizzazione della pace come principio su cui basarsi e valore cui tendere, comincia ad evolversi anche nel senso di una comunità fondata sullo stato di diritto e sulla democrazia, su una più efficace e trasparente organizzazione delle proprie istituzioni, competenze e degli strumenti per esercitarle. Se questo Trattato è il tentativo di superamento di una prospettiva meramente internazionalistica, ciò significa, in definitiva, creazione di una rinnovata sfera politica e giuridico-costituzionale europea quale sintesi, nell'ottica di una dimensione composita, *multilevel* – vedi *supra*, nota 1 e le opere di I. PERNICE – di tradizioni costituzionali e, dunque, culturali comuni.

ra dell'Unione europea, tanto si avverte specificamente anche nel quadro istituzionale, previsto nel titolo IV, Capo I, Parte I. Ma decisivi appaiono anche l'art. I-47 sulla democrazia rappresentativa che, al 1° e 2° comma, sottolinea anche il principio della comunicazione istituzionale e l'art. I-50 che, nell'individuare la trasparenza dell'attività di «istituzioni, organi e organismi dell'Unione (...)» quale criterio informatore del buon governo, della comunicazione istituzionale e della partecipazione della società civile, designa proprio quel complesso intreccio di forme di poteri, di "labirinto decisionale" poco prima citato.

2. Il dibattito sulla *leadership* democratica in seno alla Convenzione

Il nuovo Trattato prevede la fusione dei tre preesistenti pilastri, il che comporta, sul piano istituzionale, la scomparsa di istituzioni plurivalenti in ragione dei pilastri o all'interno degli stessi e la creazione di un quadro unico, finalizzato al perseguimento degli obiettivi e dei valori comuni dell'Unione previsti dal Trattato, conservando anche la continuità e l'efficacia delle politiche e delle azioni come manifestatesi lungo il cinquantenario percorso di integrazione.

La versione definitiva concernente il Consiglio europeo ed il suo presidente, non si discosta, se non marginalmente, da quella presentata dalla Convenzione incaricata di redigere il Progetto di Trattato il 20 giugno 2003 al Vertice di Salonicco, il che sottolinea che l'esigenza di un rinnovamento delle due menzionate istituzioni è stata ben avvertita lungo tutto il processo di redazione del testo, senza essere stato oggetto di dissensi radicali.

Ciò detto, non può tacersi che in seno alla Convenzione si sia originariamente sviluppata, grazie alla presidenza di *Giscard d'Estaing*, anche una linea politica di maggiore valorizzazione della figura del presidente del Consiglio europeo, in opposizione o anche integrata a quella di presidente della Commissione.

Importante proposta è pervenuta, al principio del 2003, dalla scuola costituzionalistica berlinese¹³ che ha suggerito la creazione di un Presidente dell'Unione europea unico che rappresenti l'Unione in riferimento alle competenze che ad essa appartengono, sia a livello "interno" che internazionale, responsabile di un coerente sviluppo della politica europea in accordo con gli

¹³ I. PERNICE, *Democratic leadership in Europe: the European Council and the President of the Union*, Walter Hallstein- Institut, Paper n. 1/2003, gennaio 2003. In questo contributo, premessi cenni sulla struttura e le funzioni del Consiglio europeo, si analizza meticolosamente il ruolo attuale del Consiglio europeo e del sistema della rotazione semestrale della presidenza, per poi passare alla critica del dibattito politico e giuridico in seno alla Convenzione, concludendo poi con la redazione di concrete proposte – progetto di articoli – in tema di Presidente dell'Unione europea, Consiglio europeo, Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea.

orientamenti generali e le linee guida adottate dal Consiglio europeo, eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei suoi membri e designato a maggioranza qualificata dal Consiglio dei Capi di Stato e di Governo, in carica per cinque anni. Il Presidente, costretto alle dimissioni in caso di mozione di sfiducia votata a maggioranza qualificata da parte delle appena citate istituzioni, sarebbe membro del Consiglio europeo al quale sottoporre raccomandazioni e pareri ma senza diritto di voto, avrebbe la funzione di presidente della Commissione europea, di ratificare in nome dell'Unione trattati internazionali, di riferire al Parlamento europeo ed al Consiglio europeo sullo sviluppo delle politiche dell'Unione e sui progressi raggiunti dalla stessa. Inoltre, nelle aree di co-intervento delle politiche degli Stati membri il Presidente agirebbe in conformità con la posizione comune assunta dal Consiglio ed in stretta cooperazione con le competenti autorità dei Paesi membri. Il Presidente sarebbe anche titolare del potere di porre la questione di fiducia innanzi al Parlamento ed essere accolta dallo stesso, nel qual caso ci sarebbero le dimissioni e la elezione di un nuovo presidente e di una nuova Commissione.

La proposta concernente il Consiglio europeo, invece, prevede in capo allo stesso una funzione di stimolo allo sviluppo dell'azione dell'Unione e di definizione degli orientamenti politici generali, delle linee guida «thereof on the initiative of the President of the Union», adottando, generalmente, le proprie decisioni per consenso. Nell'istituzione in analisi si vedrebbero insieme i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri ed il Presidente dell'Unione, riunendosi sotto la *chairmanship* del Capo di Stato e di Governo del Paese membro che detiene la presidenza del Consiglio.

In riferimento alla Commissione europea, si prevede una istituzione titolare di «executive power of the Union» presieduta e guidata dal Presidente dell'Unione, che decide a maggioranza dei suoi membri nominati dal Presidente dell'Unione e «approved by a qualified majority of the Council as well as by the majority of the Members of the European Parliament».

Nell'opinione del presentatore della proposta – che non nasconde la radicalità della stessa, anche se solo a prima vista – essa «takes seriously the original role of the Commission, avoid the parallelism of two similar and competing administrations - Commission and Council – », conferisce all'Unione europea una immagine di visibilità tanto al suo esterno che nei riguardi dei suoi cittadini, «annulla una eccessiva concentrazione di poteri e assicura l'efficienza e l'identità dell'azione europea»¹⁴. Si conclude sottolineando che l'elezione ed il controllo sul Presidente dell'Unione del Parlamento europeo innanzi al quale è responsabile, aumentano trasparenza e democrazia «in the new constitution of the European Union».

Malgrado in seno alla Convenzione si fosse ben presto formato un con-

¹⁴ I. PERNICE, *Democratic leadership*, cit. supra, nota 13, p. 24.

senso contrario alle proposte di tipo presidenziale, ciò non ha impedito la riproposizione di queste opzioni di riforma anche nella ultimissima fase dei lavori. Infatti, nel documento CONV 746/03 – a firma di A. Duff e L. Dini che riprende il precedente CONV 524/03 – si propone di istituire, *a termine*, una presidenza dell'Unione che raggruppi le funzioni di presidente del Consiglio europeo e di presidente della Commissione – con una espressa posticipazione dell'attuazione della proposta in un tempo determinato, in previsione della mancanza delle adeguate condizioni politiche per l'unificazione dell'esecutivo europeo e il superamento della dualità – da instaurare allo scadere di due mandati del Parlamento europeo, a meno che il Consiglio europeo non decida, all'unanimità, di anticipare l'unificazione. Al contrario, resterebbe possibile non passare alla presidenza unica entro il termine previsto se il Consiglio europeo deliberasse in tal senso a maggioranza dei cinque sestî degli Stati membri che rappresentano i due terzi della popolazione dell'UE.

Secondo la menzionata proposta, il presidente eletto resterebbe in carica per due anni e mezzo, sarebbe indicato dal Consiglio europeo e la sua candidatura verrebbe convalidata da un collegio elettorale composto da rappresentanti del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, onde conferire al presidente il peso, l'indipendenza e la legittimità necessari per rappresentare l'Unione.

Rispetto al Consiglio europeo, il presidente rivestirebbe un ruolo di *chairman*, al fine di agevolare i processi decisionali. Al suo livello, rappresenterebbe l'Unione sia sul piano interno che su quello internazionale. A lui spetterebbe la responsabilità della Commissione. Il presidente deve godere sia della fiducia del Consiglio che di quella del Parlamento europeo, da cui la possibilità di porre fine al suo mandato mediante decisione congiunta del Consiglio europeo (approvata a maggioranza dei due terzi dei suoi membri, che rappresentino almeno i due terzi della popolazione dell'Unione) e del Parlamento europeo (con deliberazione a maggioranza dei suoi membri).

Viene escluso perentoriamente che la opzione della presidenza unica possa istituire un potere di tipo presidenziale. Il presidente unico non disporrebbe di alcun potere decisionale proprio, in nome dell'Unione, in quanto le decisioni continuerebbero a essere prese collegialmente in seno al Consiglio e alla Commissione e il potere esecutivo continuerebbe a far capo in primo luogo agli Stati.

Secondo l'emendamento, l'istituzione di un presidente unico si collocherebbe solo nell'ambito esecutivo e non legislativo, secondo una prospettiva né intergovernativa, né sovranazionale, ma comunitaria in cui confluisce la duplice natura dell'Unione.

Il punto 5 della proposta prevede che «Il Presidente dell'Unione presiede la Commissione europea e definisce il quadro degli orientamenti entro il quale questa espleta la propria missione».

L'emendamento appena illustrato non è stato sufficiente a determinare una prospettiva di riunificazione delle due presidenze, il che avrebbe consentito di parlare molto più agevolmente di premierato nell'Unione europea. Tuttavia, a ben vedere, il Trattato non esclude assolutamente la incompatibilità fra le stesse, mentre ritiene incompatibile il mandato nazionale con quello di Presidente del Consiglio europeo. La connotazione dell'essere esterno rispetto ai membri del suo Consiglio è stata preferita rispetto alla presidenza c.d. esterna¹⁵ o all'altro requisito dell'aver fatto parte del Consiglio europeo per almeno un biennio. Anche in sede di Conferenza intergovernativa, da parte di Stati c.d. medio-piccoli, si è invano cercato di ridurne ulteriormente le funzioni.

3. La "forma di governo" nel nuovo Trattato di Roma

Se l'art. I-19 ricomprende nel quadro istituzionale Parlamento europeo, Consiglio europeo, Consiglio dei ministri, Commissione europea e Corte di giustizia dell'Unione europea, l'art. I-21, pone una significativa novità in quanto prevede l'istituzione del Consiglio europeo, concretizzando una prassi sviluppatasi a partire dall'Atto Unico europeo del 1986, sviluppando quanto previsto nei precedenti trattati unionistico-comunitari. La disposizione in esame prevede che «Il Consiglio europeo dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali (...)». Esso non esercita funzioni legislative il che ne limita le prerogative, è composto dai Capi di Stato e di Governo, si riunisce trimestralmente e si pronuncia per consenso, salvo casi particolari previsti nel prosieguo del Trattato. La previsione che i membri del Consiglio siano assistiti da un ministro, e non più esclusivamente dal ministro degli Affari esteri, ne accresce la connotazione politica nel suo complesso, a scapito di quella diplomatica¹⁶.

Una ulteriore disciplina è nell'art. III-341, ove si stabilisce anche che le astensioni dei membri del Consiglio europeo non ostano l'adozione della delibera per la quale è richiesta l'unanimità. Inoltre, esso delibera a maggioranza semplice sulle questioni procedurali e per l'adozione del regolamento interno.

Anche nella parte conclusiva del Trattato significative disposizioni riguardano il Consiglio europeo, infatti l'art. IV-443 attribuisce allo stesso una importante funzione all'interno della procedura di revisione ordinaria del Trattato, infatti esso, in seguito alla trasmissione di progetti di modifica da

¹⁵ Questa opzione, all'interno dei lavori della Convenzione, fu portata avanti da diversi convenzionali del Belgio, dell'Olanda e del Lussemburgo.

¹⁶ L. CARBONE - L. GIANNITI - C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, cit. *supra*, nota 1, p. 140.

parte del Consiglio, adotterà, previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione, una decisione a maggioranza semplice sulla opportunità della convocazione di una Convenzione che esamini i progetti. Sempre con il medesimo tipo di deliberazione, il Consiglio europeo, previa approvazione del Parlamento europeo ed in presenza di modifiche di non particolare entità o ampiezza, potrà decidere di non convocare una Convenzione. A prima vista, quest'ultima prerogativa sembra attribuire, pur dopo il vaglio parlamentare, un amplissimo potere al Consiglio europeo di valutare l'importanza delle proposte di revisione del Trattato e la procedura di analisi più corretta. Si dovrà anche verificare con quali parametri oggettivi l'istituzione in analisi valuterà la entità (?) delle modifiche o se, piuttosto, non sarà principalmente influenzata dalla opportunità, in termini di trasparenza e democraticità del processo di revisione, della istituzione di una conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri piuttosto che da una Convenzione maggiormente rappresentativa di ogni istituzione nazionale e comunitaria.

Ai sensi dell'art. IV-443, 4° comma, la capacità di negoziato politico sarà tutta del Consiglio europeo nel caso in cui, entro due anni dalla firma del Trattato modificativo del Trattato di Roma del 2004, uno o più Stati abbia incontrato difficoltà durante le procedure di ratifica¹⁷.

L'art. I-22 è dedicato al presidente del Consiglio europeo che, eletto dal Consiglio a maggioranza qualificata per un periodo di due anni e mezzo, rinnovabile solo una volta, «presiede e anima i lavori del Consiglio europeo; assicura la preparazione e la continuità dei lavori del Consiglio europeo, in cooperazione con il presidente della Commissione e in base ai lavori del Consiglio "Affari generali"; si adopera per facilitare la coesione ed il consenso in seno al Consiglio europeo; (...) assicura, al suo livello ed in tale veste, la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune, fatte salve le attribuzioni del ministro per gli affari esteri dell'Unione. Il presidente del Consiglio europeo non può esercitare un mandato nazionale».

L'ultima disposizione è espressione di un consenso sulla necessità del superamento del sistema di rotazione semestrale della presidenza poco incline ad assicurare efficacia decisionale, efficacia e visibilità sul piano internazionale.

Se il Consiglio europeo con i suoi precipui compiti entra a far parte formalmente del quadro istituzionale, indubbiamente l'istituzione di un presidente costituisce una delle innovazioni più visibili del testo ma il fatto che esso sia eletto dal Consiglio europeo, ossia dai Capi di Stato e di Governo riuniti,

¹⁷ Significative competenze sono attribuite al Consiglio europeo anche dall'art. IV-444 in tema di procedura di revisione semplificata, dall'art. IV-445 sulla procedura di revisione semplificata riguardante le politiche e azioni interne dell'UE.

non consente di parlare di affrancamento dal metodo intergovernativo almeno nel senso che abbia una sua propria legittimazione autonoma. Inoltre, l'esattezza della definizione della funzione del Consiglio europeo contenuta nell'art. I-21, non affranca lo stesso dai dubbi che la mancanza di titolarità di funzione di decretazione solleva.

Un presidente in carica per due anni e mezzo potrà comportare effetti positivi in termini di continuità e stabilità del suo operato e della sua funzione di impulso politico e di azione in generale, potrà essere il simbolo di un indirizzo politico unitario e della coesione dell'Unione. Tuttavia esso, nel superare la scarsa efficacia della presidenza semestrale, rischia di ridurre fortemente il tasso di paritarietà e quella "competizione" delle presidenze dei singoli Stati nel regime precedente, di determinare un affievolimento dell'impulso politico svolto dall'intero Consiglio europeo, una riduzione dell'equilibrio istituzionale precedente fra Consiglio, presidenza a rotazione fra gli Stati e Coreper¹⁸.

Su una simile linea interpretativa si muove chi parla del presidente, nella nuova formulazione, come capace di snaturare la funzione di programmazione del "suo" Consiglio e di interferire tanto con il Ministro degli affari esteri che col presidente della Commissione¹⁹.

Pertanto, in riferimento ai rapporti fra gli organi sarà importante verificare quelli fra presidente del Consiglio europeo e quello della Commissione²⁰, se sarà il primo un contropotere del secondo²¹. Anche l'ex presidente della Commissione Prodi sottolinea che il presidente del Consiglio dovrà essere complementare e non concorrente con quello della Commissione e che, sempre in riferimento al primo il cui mandato appare poco definito, «occorre certamente evitare un'ulteriore frammentazione dell'azione e delle strutture esecutive»²².

Dovrà essere valutato anche il tipo di supporto che avrà un presidente di più lunga durata e distinto dai Capi di Stato e di Governo, quali caratteristiche avrà la struttura burocratico-amministrativa che gestirà l'organizzazione dei lavori del Consiglio dato che non sarà il Consiglio affari generali, come stabi-

¹⁸ L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 144.

¹⁹ E. TRIGGIANI (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione*, cit. supra, nota 10, p. 11.

²⁰ Ma tutto da verificare sarà anche il rapporto con i presidenti delle singole componenti dei Consigli dei ministri e con le relative strutture di supporto.

²¹ In riferimento al rapporto fra Commissione e Consiglio europeo vi è stato chi - J. P. JACQUÉ, *I principi costituzionali fondamentali nel progetto di trattato che istituisce una costituzione europea*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, loc. cit., p. 84-85 - scorrendo una progressiva perdita della prima, un equilibrio istituzionale ad essa sfavorevole, ha auspicato come compito della conferenza intergovernativa - che poi avrebbe disposto la versione definitiva del Trattato - recuperare un adeguato ruolo della Commissione e della sua indipendenza, di contrappesi nei confronti di Parlamento e Consiglio.

²² R. PRODI, *Prefazione* - in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *La costituzione europea*, cit. supra, nota 1, p. 9.

lito al Vertice di Siviglia nel giugno del 2002, a preparare i lavori del Consiglio europeo ma il Segretariato generale del Consiglio dei ministri.

In definitiva, le diverse questioni sollevate si collocano nel più ampio interrogativo sulla natura del presidente del Consiglio europeo, *primus inter pares* o *chairman-chairperson*. Il fatto che il presidente non può ricoprire incarichi nazionali e può essere scelto fra precedenti Capi di Stato e di Governo – sarà anche membro aggiuntivo rispetto a quelli in carica, aggiuntivo anche rispetto a quelli del proprio Stato – sembra far propendere per la seconda soluzione prospettata. Egli dovrà essere nominato con l'accordo di tutti gli Stati membri senza che questi possano impartirgli direttive²³.

Secondo altra dottrina, «la Costituzione ha creato il Governo centrale europeo con potere e competenza sovrana, propria ed anche condivisa con gli Stati membri, per promuoverne i principi, valori ed obiettivi dell'unione, riformando la propria struttura organica e funzionale ed interpretare il testo costituzionale e tutto il suo ordine giuridico»²⁴.

Dalla descrizione di questo assetto, fermo restando che appare difficoltosa l'applicazione del principio di separazione dei poteri nella sua classica accezione in una organizzazione basata sulla sovranità degli Stati²⁵, anche seguendo la sistematica del Titolo IV, Capo I, Parte I, sembrerebbe che le basi istituzionali siano vicine al parlamentarismo piuttosto che alle altre forme di governo conosciuti dall'ingegneria costituzionale comparata.

Il Parlamento è l'unico organo eletto direttamente dal popolo, esercita la funzione legislativa e anche di riforma costituzionale, ha funzioni di controllo politico e consultivo, elegge il presidente della Commissione europea, ha un rapporto di responsabilità politica nei confronti della Commissione. Anche l'istituzione tipicamente parlamentare della responsabilità politica è evidente nel rapporto fra il ministro degli affari esteri dell'Unione che, scelto dal Consiglio europeo con l'accordo del presidente della Commissione, ad essi risponde politicamente.

Il Parlamento, che sarà organo di rappresentanza dei cittadini dell'Unione ex art. I-20 e non dei popoli degli Stati, si pone in posizione prioritaria ma non verticistica, come organo collocato «in un sistema complesso ed inedito di *cheks and balances* che non solo ne condizionano il ruolo complessivo nel-

²³ J. ZILLER, *La nuova costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 135.

²⁴ E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La carta costituzionale dell'Unione europea*, Pesaro, Edizioni Studio @lfa, 2005, p. 112.

²⁵ Sul punto G. AMATO, *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, in www.costituzionalismo.it n. 3/2004, p. 4 - sottolinea che «Anche la divisione dei poteri è un principio che un po' è riuscito a farsi strada. La mia proposta, sopravvissuta alla Convenzione ma subito accantonata dalla Conferenza Intergovernativa, era il Consiglio (dei Ministri) degli affari legislativi che, bicameralizzando in modo visibile il legislatore, avrebbe incominciato a dipanare la matassa, fermo restando il fatto che il Consiglio dei Ministri continuava ad essere in parte esecutivo ed in parte legislativo».

la forma di governo europeo, ma soprattutto introducono non trascurabili elementi di contraddizione e di ambiguità nel processo di parlamentarizzazione»²⁶.

Il *trend* è confermato dall'esercizio congiunto della funzione legislativa e di bilancio esercitate fra Parlamento e Consiglio – artt. I-20 e I-34 –, dalla procedura di codecisione come "ordinaria" per l'adozione delle leggi quadro e delle leggi quadro europee – art. III-396 –, dalla istituzionalizzazione del rapporto con i parlamenti nazionali, quale costruito nei due protocolli sui parlamenti nazionali e sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Se gli elementi richiamati sono significativi indicatori della parlamentarizzazione, il collocamento del Parlamento europeo all'interno della "forma di governo" quale sintesi con le istanze comunitarie ed intergovernative, in ragione di alcune controtendenze non consente entusiastici slanci.

Se il Parlamento, valorizzato nella sua capacità di espressione della rappresentanza politica, ha la funzione di co-legislazione, allora non la eserciterà in pienezza, dovrà deliberare sempre in accordo con il Consiglio il quale poi, diversamente dal Parlamento che «sacrifica l'attitudine ad essere partecipe della formazione dell'indirizzo politico»²⁷ e che rimane abbastanza defilato nelle dinamiche che danno vita al processo decisionale, sarà il centro, il motore della funzione di indirizzo politico.

La creazione, unitamente a quella del ministro degli affari esteri, del presidente del Consiglio europeo in carica per due anni e mezzo come il presidente del Parlamento, unica figura stabile all'interno del sistema consiliare, «Capo dell'Unione europea specialmente a livello esterno in materie relative alla politica estera e di sicurezza comune (...)»²⁸, sganciato dal Parlamento che non interviene e non ratifica la sua nomina fatta dal Consiglio europeo, sollecita tanto alcuni dubbi in merito alla preminenza del parlamentarismo nella nuova forma dei poteri quanto alcune suggestioni di *leadership* politica sul presidente del Consiglio europeo. Tali ultime, a loro volta, risultano fiaccate da due fattori concorrenti ossia dalla funzione di rappresentanza esterna in materia di politica estera e di sicurezza comune del ministro degli esteri nominato dal Consiglio europeo ma membro della Commissione – rappresentanza condivisa col presidente del Consiglio europeo – e dal ruolo stesso del presidente della Commissione europea che col Parlamento ha un rapporto fiduciario. La formulazione del Trattato ha inteso garantire anche altre istituzioni ed in particolare la Commissione.

²⁶ P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali*, cit. supra, nota 5, p. 14-15.

²⁷ P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali*, loc. cit., p. 15.

²⁸ E. ROZO ACUÑA, *La carta costituzionale dell'Unione europea*, cit. supra, nota 24, p. 116.

4. Considerazioni conclusive: la *leadership* democratica fra assetto istituzionale e competenze

Partendo dall'affermazione secondo la quale il Consiglio europeo «(...) è sempre stato un punto di riferimento rilevante nel processo decisionale della Comunità, oltre che essere il protagonista della cooperazione politica fra gli Stati membri, oggi all'interno dell'Unione»²⁹, il recente dibattito svoltosi sulla *leadership* democratica ha prodotto risultati che, per quanto detto, sono solo in parte innovativi. Essa non riguarda solo il Consiglio europeo ed il suo presidente ma dovrebbe intendersi, nell'ordinamento giuridico in analisi, come un sistema multiplo in riferimento ai titolari delle funzioni di governo ed alle competenze. Sotto tale profilo, l'introduzione di un presidente al vertice del Consiglio europeo esprime una esigenza propria del sistema unionistico di individuare un soggetto al quale imputare l'esercizio di funzioni primarie dell'ordinamento. Intorno a tale esigenza si è operata la scelta di un presidente insieme agli altri presidenti delle istituzioni unionistico-comunitarie.

Pur avendo ricercato non senza impegno propositivo una nuova norma base del sistema, a tanto non ha corrisposto l'assegnazione di un nuovo fondamento costituzionale. Tanto era prevedibile in quanto la stessa norma base dell'art. I-1 non risponde ad un modello federale bensì ad uno di prevalente sovranità statale e di residuale competenza di attribuzione disegnata in favore di singoli poteri o competenze dell'Unione. Rimane fermo il difetto di ogni possibilità al Trattato di sottrarre agli Stati membri quel potere di supremazia costituzionale che solo ad essi appartiene, ferma restando che importante è stata la introduzione di una sorta di "doppia legittimazione – cittadini – Stati d'Europa –" al primo articolo del Trattato.

Come non esiste una Costituzione *uno actu* definitivo e irripetibile ma pluritesto, così non esiste un Governo come unico organo che esercita una unica funzione. Si profila il permanere di un Governo ancora fondamentalmente paritario che si muove tra le competenze ripartite ed il c.d. quadrilatero istituzionale, rispetto agli ordinamenti nazionali in cui prima l'esperienza dello Stato assoluto e poi quella democratico-costituzionale hanno centralizzato il sistema attorno ad un organo di governo, in progressiva ascesa rispetto all'istanza parlamentare, con un ruolo preminente e propulsivo³⁰, attorno ad un *Premier* organo "di primato" nella funzione di governo.

²⁹ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 29. Da ultimo, C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea: verso una Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005.

³⁰ H. FENSKE, *Der moderne Verfassungs-Staat*, Paderborn, Schöningh, 2001. L'Autore, attraverso una analisi di storia costituzionale non limitata al solo continente europeo dimostra come la teoria liberal democratica del "governo" si sia formata nello sforzo di emancipazione e di negazione della "servitù" dei poteri locali, civili, economici etc. rispetto alla supremazia del potere centrale originariamente *legibus solutus*. Esattamente il contrario accade, invece, negli ordinamenti dei poteri sopranazionali nei quali la competenza primaria o *Kompetenz-Kompetenz* rimane saldamente

La composizione di questa distinzione, nell'ottica del *multilevel constitutionalism*³¹ è tributaria di un peculiare rapporto fra istituzioni degli Stati e quelle unionistico-comunitarie, per cui le seconde sono difficili da cogliere nella loro struttura e finalità senza riferimento alle prime, sono nazionali anche in una logica europea³². Si viene a determinare una composizione-integrazione fra istituzioni "parziali", il livello istituzionale nazionale si compone con quello dell'Unione europea, in un rapporto organicamente bidirezionale.

Nel Trattato, una figura con una funzione di direzione e non di mediazione, tale da «condurre per mano l'UE verso l'acquisizione di competenze politiche forti, funzionando cioè il Presidente (del Consiglio europeo) da (...) magnete di nuove politiche nella sfera potestativa della Ue, da elemento federatore che va a sommarsi ad altri elementi aggregativi già operanti nel sistema comunitario»³³, non c'è ancora, tuttavia, per rispondere alla provocazione di *Kissinger, the european telephone number*, un interlocutore politico ufficiale di più lungo periodo, esiste.

Il presidente del Consiglio europeo, se riuscirà a manifestare *strong personality*³⁴, e la durata della sua carica ha una funzione ausiliaria, riuscirà a mantenere ed implementare l'unità di indirizzo politico dell'Unione europea.

Mario Panebianco*

ancorata all'interno della sovranità statale dalla quale derivano i poteri comunitari, ivi compreso quello del Consiglio europeo e del suo c.d. "Premier".

³¹ Sulla tematica del *multilevel constitutionalism*, oltre le citate opere di I. PERNICE: R. ARNOLD, *The different levels of Constitutional law in Europe and their interdependence*, in J. NERGELIUS - P. POLICASTRO - K. URATA (a cura di), *cit. supra*, nota 1, p. 101 ss.

³² Sulla interazione fra ordinamenti giuridici e istituzioni nazionali e comunitarie, si veda anche: F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

³³ M. PATRONO, *Il governo della prima Europa*, Padova, Cedam, 2003, p. 147-148.

³⁴ Sui condizionamenti derivanti «dalle circostanze politiche e dalle personalità»: J. ZILLER, *La nuova costituzione europea*, *cit. supra*, nota 23, p. 136.

* Professore incaricato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA DIRETTIVA SUGLI INTEGRATORI ALIMENTARI È CONFORME AL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia (Grande Sezione)

Sentenza del 12 luglio 2005 in cause riunite n. C-154/04 e n. C-155/04*

The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health (causa n. C-154/04), Nutri-Link Ltd c. Secretary of State for Health;

The Queen, ex parte: National Association of Health Stores (causa n. C-155/04), Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health, National Assembly for Wales

**Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2002/46/Ce - Fabbri-
cazione e commercializzazione degli integratori alimentari - Eterogeneità
delle disposizioni nazionali - Armonizzazione - Protezione della salute
umana - Art. 95 CE - Divieto di commercializzazione di prodotti non
conformi alla direttiva - Elenchi di componenti consentiti - Ponderazione
degli interessi economici - Misura necessaria e proporzionata.**

L'analisi della questione sollevata non ha rivelato alcun elemento tale da pregiudicare la validità delle disposizioni di cui agli artt. 3, 4, n. 1, e 15, secondo comma, lett. b., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 giugno 2002, n. 2002/46/Ce, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari.

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.eu.int (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 443 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI* e *BARBARA KLAUS*.

(*Omissis*) **In diritto**

Sulla questione pregiudiziale

Sulla lett. a. della questione

32. Risulta da quanto precede che, qualora sussistano ostacoli agli scambi, ovvero risulti probabile l'insorgere di tali ostacoli in futuro, per il fatto che gli Stati membri hanno assunto o stanno per assumere, con riferimento ad un prodotto o a una categoria di prodotti, provvedimenti divergenti tali da garantire un diverso livello di protezione e tali da ostacolare, perciò, la libera circolazione dei prodotti in questione all'interno della Comunità, l'art. 95 CE consente al legislatore comunitario di intervenire, assumendo le misure appropriate nel rispetto, da un lato, dell'art. 95, n. 3 e, dall'altro, dei principi giuridici sanciti dal Trattato ovvero elaborati dalla giurisprudenza, segnatamente del principio di proporzionalità (sentenze citate *Arnold André*, punto 34, e *Swedish Match*, punto 33).

33. A seconda delle circostanze, tali misure appropriate possono consistere nell'obbligare tutti gli Stati membri ad autorizzare la commercializzazione del prodotto o dei prodotti interessati, nel sottoporre a talune condizioni detto obbligo di autorizzazione, ovvero nel vietare, in via provvisoria o definitiva, la commercializzazione di uno o più prodotti (sentenze citate *Arnold André*, punto 35, e *Swedish Match*, punto 34).

34. È alla luce di questi principi che occorre verificare se, nel caso delle disposizioni di cui alla questione presentata, ricorrano le condizioni per il ricorso all'art. 95 CE quale fondamento normativo.

35. In base alle indicazioni contenute nel secondo *considerando* della direttiva n. 2002/46, gli integratori alimentari erano assoggettati, prima dell'adozione di essa, a disposizioni nazionali eterogenee, che potevano ostacolarne la libera circolazione ed avere così dirette ripercussioni sul funzionamento del mercato interno in questo settore.

36. Come il Parlamento europeo e il Consiglio hanno sottolineato nelle loro osservazioni scritte, tali indicazioni sono corroborate dal fatto che, prima dell'adozione della direttiva n. 2002/46, la Corte è stata investita di numerose controversie legate a situazioni in cui determinati operatori economici avevano incontrato ostacoli nel commercializzare in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento integratori alimentari legalmente commercializzati in quest'ultimo Stato.

37. Del resto, come hanno constatato il governo ellenico nonché il Consiglio e la Commissione nelle loro osservazioni scritte, al punto 1 della motivazione della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari, Com (2000) 222 def., presentata dalla Commissione il 10 maggio 2000 (*Guce* n. C 311 E, p. 207), è esposto che, prima della presentazione della detta proposta, ai servizi competenti della Commissione erano pervenuti «numerosi reclami da parte degli operatori economici» a causa di divergenze tra le discipline nazionali che «risulta[va] difficile sormontare con l'applicazione del principio del riconoscimento reciproco».

38. In tali circostanze, si giustificava in materia di integratori alimentari un in-

tervento del legislatore comunitario basato sull'art. 95 CE.

39. Risulta da quanto precede che potevano essere adottate sul fondamento dell'art. 95 CE le disposizioni di cui agli artt. 3, 4, n. 1, e 15, secondo comma, lett. b., della direttiva n. 2002/46, dalle quali deriva il divieto, decorrente dal 1° agosto 2005 al più tardi, di commercializzare integratori alimentari non conformi alla detta direttiva.

40. Sulla base della giurisprudenza citata ai punti 30 e 31 della presente sentenza, il fatto che nella definizione di queste disposizioni siano intervenute considerazioni relative alla salute umana non è tale da confutare l'analisi che precede.

(Omissis)

Sulla lett. b. della questione (Omissis)

Con riferimento agli artt. 28 CE e 30 CE

(Omissis)

76. L'art. 4, n. 5, della direttiva n. 2002/46 rinvia all'art. 13, n. 2, della stessa, che dispone, al primo comma, che, «nei casi in cui è fatto riferimento al presente paragrafo, si applicano gli artt. 5 e 7 della decisione n. 1999/468/Ce, tenendo conto delle disposizioni dell'art. 8 della stessa».

77. Come è indicato al dodicesimo *considerando* della direttiva n. 2002/46, il rinvio alla procedura prevista agli artt. 5 e 7 della decisione del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/468/Ce, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione (*Guce* n. L 184, p. 23), risponde all'intento di poter fare ricorso, qualora sia necessario rivedere gli elenchi dei componenti consentiti in funzione del progresso tecnico-scientifico, ad una procedura semplificata ed accelerata consistente in provvedimenti di attuazione di natura tecnica la cui adozione va affidata alla Commissione.

78. Come risulta dal settimo e dal nono *considerando* della decisione n. 1999/468, tale procedura, detta di «comitologia», intende conciliare gli imperativi di efficacia e di flessibilità imposti dalla necessità di adattare e di aggiornare regolarmente determinati elementi della normativa comunitaria alla luce dell'evoluzione delle teorie scientifiche in materia di protezione della salute o della sicurezza delle persone, da un lato, con la salvaguardia delle competenze rispettive delle istituzioni comunitarie, dall'altro.

79. Nel contesto di tale procedura di comitologia è previsto, in applicazione dell'art. 5 della decisione n. 1999/468, che la Commissione sottoponga al comitato di cui all'art. 13, n. 1, della direttiva n. 2002/46, un progetto delle misure da adottare, sul quale il detto comitato esprime il suo parere «entro un termine che il [suo] presidente può fissare in funzione dell'urgenza della questione in esame» (art. 5, n. 2). Quando il detto comitato ha emesso il suo parere, spetta alla Commissione adottare le misure previste qualora esse siano conformi a tale parere (art. 5, n. 3). In caso contrario, o in assenza di parere, la Commissione è tenuta a sottoporre «senza indugio» al Consiglio una proposta in merito alle misure da prendere e ad informarne il Par-

lamento europeo (art. 5, n. 4) e il Consiglio può statuire nel termine di tre mesi (art. 5, n. 6, primo comma; art. 13, n. 2, secondo comma, della direttiva n. 2002/46). Se entro tale termine il Consiglio ha manifestato la sua opposizione alla proposta della Commissione, quest'ultima è tenuta a riesaminare la sua proposta e può ripresentare al Consiglio la stessa proposta o una proposta modificata ovvero presentare una proposta legislativa in base al trattato (art. 5, n. 6, secondo comma). Per contro, se allo scadere di tale termine il Consiglio non ha adottato l'atto di esecuzione proposto ovvero non ha manifestato la sua opposizione alla proposta relativa alle misure di esecuzione, la Commissione adotta il detto atto di esecuzione (art. 5, n. 6, terzo comma).

80. Il combinato disposto degli artt. 13, n. 2, secondo comma, della direttiva n. 2002/46, e 5 della decisione n. 1999/468, al quale rinvia l'art. 4, n. 5, della detta direttiva, garantisce che, a partire dalla proposta rivolta al comitato da parte della Commissione sulla base dell'art. 5, n. 2, della detta decisione, la procedura di modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti si svolga entro termini ragionevoli.

81. Sarebbe stato certamente auspicabile che, con riferimento alla fase compresa tra il deposito di un fascicolo mirante alla modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti e la proposta rivolta al detto comitato, fase che comprende in particolare la consultazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare prevista tanto all'art. 14 quanto al decimo *considerando* della direttiva n. 2002/46, tale direttiva includesse disposizioni in grado di garantire da sole lo svolgersi di tale fase in condizioni di trasparenza ed entro termini ragionevoli.

82. L'assenza di tali disposizioni non può tuttavia essere considerata atta a compromettere il corretto svolgimento della procedura di modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti entro termini ragionevoli. Spetta tuttavia alla Commissione, in ragione delle competenze di esecuzione che le sono conferite dalla direttiva n. 2002/46 per quanto riguarda, in particolare, l'applicazione della detta procedura, adottare e rendere accessibili agli interessati, in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione, le misure necessarie per assicurare in via generale la trasparenza e la ragionevolezza della durata della fase di consultazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

83. Prevedendo l'applicazione della procedura istituita con l'art. 5 della decisione n. 1999/468, l'art. 4, n. 5, della direttiva n. 2002/46 garantisce inoltre che la domanda intesa ad ottenere l'iscrizione di una vitamina, di un minerale o di una sostanza vitaminica o minerale sugli elenchi dei componenti consentiti possa essere respinta soltanto attraverso un atto giuridico obbligatorio, soggetto a controllo giurisdizionale.

84. È importante aggiungere, al riguardo, che la direttiva n. 2002/46 non contiene alcun elemento in grado di costringere o indurre le autorità europee competenti a tenere conto, nell'ambito della procedura di cui all'art. 4, n. 5, della detta direttiva, di criteri estranei all'obiettivo di protezione della salute delle persone.

85. Al contrario, risulta dal nono *considerando* della direttiva n. 2002/46 che il criterio legato al fatto che la vitamina o il minerale siano normalmente presenti nel regime alimentare e consumati in tale contesto è l'unico criterio pertinente nell'ambito dell'elenco che compare all'allegato I di tale direttiva. Come hanno fatto osservare le ricorrenti in sede nazionale nella causa n. C-154/04, mentre la proposta

di direttiva menzionata al punto 37 della presente sentenza prevedeva un secondo criterio, cioè il fatto che le vitamine e i minerali in causa dovessero essere «considerati nutrienti essenziali», come risulta dal settimo *considerando* di tale proposta, il detto criterio non compare più nel nono *considerando* della direttiva n. 2002/46. Per quanto riguarda l'elenco che compare all'allegato II della detta direttiva, deriva dall'undicesimo *considerando* di essa che gli unici criteri pertinenti sono quelli relativi alla sicurezza e alla biodisponibilità della sostanza chimica in causa.

86. Simili indicazioni evidenziano che, nelle intenzioni del legislatore comunitario, i criteri pertinenti nel contesto degli elenchi dei componenti consentiti e nell'applicazione della procedura intesa alla modifica del contenuto di essi possono attenersi soltanto a motivi di protezione della salute delle persone, con esclusione di considerazioni relative ad esigenze nutrizionali.

87. È peraltro significativo constatare che le critiche formulate dalle ricorrenti in sede nazionale con riferimento alla procedura di modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti riguardano in sostanza i vincoli amministrativi e finanziari legati al deposito di un fascicolo mirante ad ottenere una simile modifica, oltre che il modo in cui i criteri di sicurezza e biodisponibilità esposti all'undicesimo *considerando* della direttiva n. 2002/46 vengono applicati dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare all'atto dell'esame dei fascicoli individuali.

88. Tuttavia, benché simili elementi possano, all'occorrenza, essere invocati a sostegno di un ricorso di annullamento proposto contro una decisione definitiva che respinga una domanda di modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti, o di un'azione di responsabilità diretta contro l'Autorità europea per la sicurezza alimentare sulla base dell'art. 47, n. 2, del regolamento n. 178/2002, essi non sono, di per sé, tali da infirmare la legittimità della procedura di modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti, come il governo ellenico ha sottolineato nelle sue osservazioni scritte.

89. Si deve pertanto concludere che l'analisi svolta ai punti 76-88 della presente sentenza non ha rivelato elementi tali da infirmare la legittimità della procedura prevista all'art. 4, n. 5, della direttiva n. 2002/46 ai fini della modifica del contenuto degli elenchi dei componenti consentiti.

(*Omissis*)

I PROBLEMI ANCORA APERTI DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CHE CONFERMA LA VALIDITÀ DELLA DIRETTIVA SUGLI INTEGRATORI ALIMENTARI

Sommario: *Osservazioni introduttive - 1. Armonizzazione parziale attraverso la direttiva n. 2002/46/Ce - 2. Restrizioni sensibili alla libera circolazione degli integratori alimentari - 3. Necessità della valutazione urgente delle sostanze utilizzabili negli integratori alimentari - 4. Ruolo degli operatori economici con riferimento alla valutazione e all'ammissione di ulteriori sostanze.*

Osservazioni introduttive

Con la sentenza del 12 luglio 2005, sopra riportata, pronunciata nei procedimenti riuniti n. C-154/04 e n. C-155/04, *Alliance for Natural Health ed altri*, la Corte di giustizia ha confermato la validità della direttiva n. 2002/46/Ce sugli integratori alimentari¹. Com'è noto, questa direttiva ha introdotto un quadro giuridico uniforme per la fabbricazione e la commercializzazione degli integratori alimentari al fine di limitare gli ostacoli alla loro circolazione causati da norme nazionali divergenti. Le parti ricorrenti nelle suddette cause erano, da un lato, un'associazione europea di fabbricanti, grossisti, distributori e consumatori di integratori alimentari, e, dall'altro lato, due associazioni di categoria in rappresentanza di circa 580 società nonché una piccola impresa specializzata nella vendita di integratori alimentari nel Regno Unito. Davanti alla Corte di giustizia le parti ricorrenti hanno sostenuto l'incompatibilità della direttiva n. 2002/46 con il diritto comunitario e la conse-

¹ *Guce* n. L 183 del 2002, p. 51, recepita in Italia con dlgo n. 169 del 21 maggio 2004, in *Guri* n. 164 del 15 luglio 2004.

guente sua invalidità perché era stata fondata sull'art. 95 del Trattato CE che non sarebbe una base giuridica adeguata per una direttiva destinata ad armonizzare le disposizioni nazionali in un settore, come quello degli integratori alimentari, che interessa la salute umana. Contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, la Corte di giustizia ha dichiarato, nella sentenza qui annotata, che l'art. 95 del Trattato CE, che disciplina le procedure per eliminare, ridurre e prevenire gli ostacoli alla libera circolazione delle merci all'interno del mercato comune, rappresenta invece un adeguato fondamento giuridico per la direttiva medesima².

Oltre a fissare regole comuni relative all'etichettatura, alla presentazione e alla pubblicità degli integratori alimentari, la direttiva n. 2002/46 ha stabilito un elenco delle vitamine e dei sali minerali che possono essere utilizzati nella fabbricazione degli integratori medesimi precisando anche in quali forme dette sostanze debbano essere usate. È, in ogni caso, vietata la commercializzazione nell'Unione europea di integratori alimentari contenenti vitamine o sali minerali diversi da quelli degli elenchi positivi riportati negli allegati I e II della direttiva³. Come anche è stato osservato dall'Avvocato Generale *Geelhoed*, nelle sue conclusioni presentate il 5 aprile 2005 nella presente causa, il sistema degli elenchi positivi incide direttamente e in misura significativa sulla libertà degli operatori economici, impedendo loro di svolgere attività precedentemente considerate ammissibili e sicure, in quanto subordina l'utilizzo di sostanze non previste negli elenchi positivi alla previa valutazione della Commissione europea che si avvale dell'assistenza del Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali nonché, se sussistono implicazioni per la salute pubblica, della consulenza dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare⁴. Le ricorrenti hanno sostenuto che tale sistema era in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci (artt. 28, 30 del Trattato CE) e che il divieto sopra indicato violava il principio di proporzionalità e quello della parità di trattamento, nonché il diritto fondamentale di proprietà e quello del libero esercizio di un'attività economica. La Corte di giustizia ha respinto le argomentazioni delle ricorrenti ritenendo giustificata la restrizione alla libera circolazione delle merci per motivi di tutela della salute e della vita delle persone (v. i punti 47 ss. della sentenza) riconoscendo la validità delle disposizioni della direttiva n. 2002/46 che erano state contestate e impugnate⁵.

² Cfr. il punto 42 della sentenza in commento.

³ Per quanto riguarda le eccezioni v. *infra*, punto 2.

⁴ Artt. 13 e 14 della direttiva n. 2002/46, *cit. supra*, nota 1.

⁵ V. i punti 109 ss. della sentenza.

1. Armonizzazione parziale attraverso la direttiva n. 2002/46/Ce

Numerosi preparati vitaminici e sali minerali finora utilizzati nella fabbricazione degli integratori alimentari all'interno degli Stati membri non sono ancora stati valutati sotto il profilo scientifico, per cui non risultano compresi negli elenchi positivi introdotti dalla direttiva n. 2002/46⁶. Appena tale valutazione sarà effettuata, la Commissione dovrà includere le sostanze ritenute sicure negli elenchi positivi apportando le necessarie modifiche⁷. Sempre in una seconda fase, la Commissione, assistita dai predetti organi scientifici (Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali e Autorità europea per la sicurezza alimentare) dovrà stabilire i livelli quantitativi massimi di vitamine e di sali minerali che possono essere presenti negli integratori alimentari⁸. Inoltre, come si evince dall'art. 4, par. 8 nonché dall'ottavo *considerando* della direttiva n. 2002/46, è prevista, sempre in una seconda fase, l'elaborazione e la successiva adozione di elenchi positivi anche per le categorie di sostanze nutritive o per quelle categorie di sostanze, aventi effetti nutritivi o fisiologici, che sono diverse dalle vitamine e dai sali minerali (ad. es. aminoacidi, acidi grassi essenziali, fibre ed estratti di origine vegetale, ecc.).

Ciò significa che il settore degli integratori alimentari è stato finora armonizzato soltanto in parte. Come già ricordato, sono state valutate ed inserite negli elenchi delle sostanze consentite negli integratori alimentari soltanto alcune delle numerose sostanze finora utilizzate dagli operatori del settore alimentare. Pertanto, finché il quadro giuridico comunitario non sarà totalmente uniformato, la fabbricazione e la commercializzazione degli integratori alimentari continueranno a rimanere parzialmente assoggettate a disposizioni nazionali eterogenee. Ed infatti, gli Stati membri potranno consentire, fino al 31 dicembre 2009, l'utilizzo nel *loro* territorio di sostanze (vitamine e sali minerali) non riportate negli elenchi o che vengano utilizzate nelle forme non indicate dalla direttiva n. 2002/46, se risultano commercializzate nella Comunità alla data dell'entrata in vigore della direttiva medesima (luglio 2002), sempre che l'Autorità europea per la sicurezza alimentare non esprima parere negativo sull'utilizzo di tali sostanze o sul loro impiego se effettuato in una particolare forma⁹. A tale riguardo, mentre alcuni Stati membri – tra cui l'Italia¹⁰ – hanno adottato una lista di vitamine e di sali minerali non previsti dalla direttiva n. 2002/46 ma consentiti nel proprio territorio, altri Stati mem-

⁶ V. anche il decimo *considerando* della direttiva n. 2002/46.

⁷ V. anche l'art. 4, par. 5, l'art. 13, par. 2 e l'art. 14 della direttiva n. 2002/46.

⁸ Artt. 5, 13, 14 della direttiva n. 2002/46.

⁹ Art. 4, par. 6 della direttiva n. 2002/46.

¹⁰ Cfr. decreto del Ministero della salute del 17 febbraio 2005, in *Guri* n. 54 del 7 marzo 2005.

bri non hanno invece disposto la redazione di alcuna lista (oppure hanno autorizzato vitamine e sali minerali diversi da quelli, ad esempio, elencati nella lista italiana). Per quanto riguarda i nutrienti e le sostanze diverse dalle vitamine o dai sali minerali, comunque utilizzati come ingredienti di integratori alimentari, come pure per quanto riguarda i limiti massimi consentiti dalle varie sostanze impiegate, fino all'adozione di norme comunitarie specifiche, continueranno ad essere applicate le pertinenti norme nazionali che, in parte, risultano fra loro molto divergenti¹¹.

2. Restrizioni sensibili alla libera circolazione degli integratori alimentari

Non vi è dubbio che la situazione sopra descritta può fortemente ostacolare la libera circolazione degli integratori alimentari nell'Unione europea, determinando condizioni di concorrenza distorte, con dirette ripercussioni sul buon funzionamento del mercato interno. Basta citare un esempio: un operatore economico può commercializzare legalmente in uno Stato membro un integratore alimentare contenente una sostanza (vitamina o sale minerale) non indicata negli elenchi I e II della direttiva n. 2002/46, in quanto consentita in tale Stato da una norma nazionale specifica, mentre non può commercializzare lo stesso integratore in un altro Stato membro nel quale vige una regola diversa. Il citato operatore economico non può neanche giustificare la commercializzazione del suo prodotto nel secondo Stato membro in base al principio del mutuo riconoscimento¹² in quanto questo principio non è applicabile nella fattispecie qui considerata. Infatti, come risulta chiaramente dall'art. 4, par. 7 della direttiva n. 2002/46 e come, tra l'altro, la Corte di giustizia ha riconosciuto nella sentenza del 12 luglio 2005 qui commentata (cfr. punto 57), gli Stati membri diversi dallo Stato membro che abbia autorizzato, sul suo territorio, l'utilizzo per la fabbricazione degli integratori alimentari, di vitamine o di sali minerali non riportati negli elenchi dei componenti consentiti dalla direttiva n. 2002/46, *non sono tenuti* ad ammettere la vendita nel loro territorio degli integratori alimentari provenienti da quest'ultimo Stato membro. Analogamente, un operatore economico potrebbe commercializzare il suo integratore contenente un nutriente diverso dalle vitamine o dai sali minerali (ad esempio, un amido) in uno Stato membro, mentre in un altro Stato membro vedrebbe ostacolata la commercializzazione dello stesso prodotto a causa di

¹¹ Cfr. l'ottavo *considerando* della direttiva n. 2002/46.

¹² V. in particolare Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe*, in *Raccolta*, 1979, p. 649. In argomento v. F. CAPELLI, *Mutuo riconoscimento e mercato unico europeo*, in P. BASSETTI (a cura di), *Impresa & Stato. Una istituzione italiana al lavoro verso la Nuova Statalità*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 457 ss.

un divieto previsto dalla legislazione o addirittura dalla prassi amministrativa di tale ultimo Stato. Non vi è dubbio, però, che in questi casi troverebbe applicazione il principio del mutuo riconoscimento, secondo cui, in mancanza di una normativa uniforme, le restrizioni alla circolazione intracomunitaria derivanti da disparità presenti nelle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi, vanno accettate soltanto qualora siano ritenute necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, ad esempio, alla protezione della salute pubblica. Come sappiamo, numerose sentenze della Corte di giustizia hanno dovuto stabilire fino a che punto una misura di uno Stato membro possa legittimamente ostacolare l'ingresso e la commercializzazione, nel territorio di tale Stato membro, di prodotti provenienti da altri Stati membri per motivi di tutela della salute dei consumatori¹³. Spesse volte si è trattato di misure dirette ad evitare o a limitare pericoli derivanti dal consumo di determinate sostanze presenti nei prodotti alimentari. Per concludere, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, una misura nazionale volta a tutelare gli interessi sanitari dei consumatori può essere giustificata nei casi in cui, in base a dati scientifici riconosciuti in ambito internazionale, si dimostri che esiste un effettivo rischio per la salute umana e che la normativa adottata o mantenuta in vigore è realmente necessaria per motivi di natura sanitaria¹⁴.

Come si vede, in mancanza di una effettiva armonizzazione la circolazione dei prodotti qui considerati potrà anche in futuro incontrare difficoltà.

3. Necessità della valutazione urgente delle sostanze utilizzabili negli integratori alimentari

Dalle considerazioni in precedenza svolte si evince che l'attuale quadro giuridico relativo agli integratori alimentari risulta caratterizzato da un'indubbia incertezza suscettibile di creare pregiudizi soprattutto agli operatori economici. Una rapida armonizzazione di carattere totale è senza dubbio indispensabile per poter limitare le restrizioni alla libera circolazione dei prodotti qui considerati¹⁵. Per consentire alla Commissione europea di adottare le misure necessarie per rendere possibile un'armonizzazione totale del settore, è indispensabile che gli organi scientifici e in particolare l'Autorità europea per

¹³ Cfr. F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 7 ss.

¹⁴ Pur sottolineando che l'onere della prova incombe sempre sullo Stato membro che ha adottato la misura restrittiva. V. tra le tante: sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-387/99, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3317; sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-150/00, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3891; sentenza del 2 dicembre 2004 in causa n. C-41/02, *Commissione c. Paesi Bassi*, *inedita*.

¹⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 755 ss.

la sicurezza alimentare, procedano alla urgente valutazione della sicurezza delle sostanze utilizzabili nella fabbricazione degli integratori alimentari nonché alla fissazione di eventuali limiti massimi di impiego delle sostanze medesime. Nell'effettuare tale valutazione scientifico-giuridica dovranno essere considerati e ponderati tanto gli interessi legittimi dei consumatori ad un'adeguata tutela della salute quanto gli interessi, altrettanto legittimi, degli operatori economici alla libertà di produzione e di commercializzazione degli integratori alimentari.

4. Ruolo degli operatori economici con riferimento alla valutazione e all'ammissione di ulteriori sostanze

Considerato il forte impatto che il sistema degli elenchi positivi delle sostanze consentite nella preparazione degli integratori alimentari (che è stato giudicato legittimo dalla Corte di giustizia nella sentenza qui annotata) finisce per esercitare sull'attività economica degli operatori, sarebbe necessario riconoscere a questi ultimi un ruolo adeguato nella redazione dei suddetti elenchi. Come abbiamo già ricordato, il completamento degli elenchi positivi è stato affidato alla Commissione, la quale si avvale dell'assistenza del Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali e della consulenza dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare nei casi in cui vi siano implicazioni sulla salute pubblica¹⁶. In particolare, spetta alla Commissione sottoporre al predetto Comitato un progetto delle misure da adottare – ad esempio, la proposta di inclusione di nuove sostanze negli elenchi positivi della direttiva n. 2002/46 – sul quale detto Comitato deve esprimere il proprio parere in base al quale la Commissione adotterà poi le misure previste¹⁷.

L'Avvocato Generale *Geelhoed*, nelle sue conclusioni, aveva rilevato che tale procedura presenta la «trasparenza di una scatola nera» in quanto non sembra idonea a garantire la tutela degli interessi degli operatori economici¹⁸. Non è, infatti, chiaro se sia consentito alle parti private chiedere che determinate sostanze siano sottoposte ad una specifica valutazione al fine di ottenerne l'inserimento negli elenchi positivi. Il decimo *considerando* della direttiva n. 2002/46 fa chiaramente riferimento a tale possibilità, mentre la procedura sopra descritta, e indicata dalla stessa direttiva, sembra avvalorare la tesi contraria. Proprio a causa di tali carenze riguardanti la tutela giuridica, la certezza del diritto e la buona amministrazione, l'Avvocato Generale *Geelhoed* aveva

¹⁶ V. l'art. 4, par. 5, l'art. 4, par. 7, l'art. 5, par. 4 nonché gli artt. 13 e 14 della direttiva n. 2002/46; cfr. a tale proposito anche la sentenza qui commentata, punti 76 ss.

¹⁷ V. l'art. 13, par. 2 della direttiva n. 2002/46, e l'art. 5 della decisione n. 1999/468.

¹⁸ V. punto 85 delle conclusioni.

giudicato sproporzionata e, pertanto, invalida la direttiva n. 2002/46¹⁹. Come sappiamo, la Corte di giustizia ha deciso diversamente, riconoscendo la validità della direttiva, anche se ha ammesso che «sarebbe stato certamente auspicabile» una procedura più trasparente. In effetti, con riferimento alla fase compresa tra il deposito di un fascicolo mirante alla modifica del contenuto dei suddetti elenchi e la proposta rivolta al competente Comitato scientifico (fase che comprende in particolare la consultazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare), la direttiva n. 2002/46 avrebbe potuto includere disposizioni in grado di garantire da sole lo svolgimento di tale fase in condizioni di trasparenza ed entro termini ragionevoli²⁰. Anche se l'assenza di tali disposizioni non è stata sufficiente per infirmare la legittimità della direttiva stessa, la Corte ha comunque affermato un principio che riteniamo importante²¹:

«Spetta tuttavia alla Commissione, in ragione delle competenze di esecuzione che le sono conferite dalla direttiva n. 2002/46 per quanto riguarda, in particolare, l'applicazione della detta procedura, adottare e rendere accessibili agli interessati, in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione, le misure necessarie per assicurare in via generale la trasparenza e la ragionevolezza della durata della fase di consultazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare».

In tal modo, la Corte di giustizia ha riconosciuto la necessità del coinvolgimento di tutte le parti interessate, ivi compresi gli operatori economici. Senz'altro, questo è stato anche l'intento del legislatore comunitario al momento dell'adozione della direttiva n. 2002/46, in quanto risulta espressamente dal decimo *considerando* della direttiva medesima che è soprattutto compito delle parti interessate e, quindi, in particolare, degli operatori economici, di compilare e presentare i necessari fascicoli allo scopo di far valutare le sostanze da includere nell'elenco positivo²². Ciò corrisponde, innegabilmente, alla prassi amministrativa in tale settore. Infatti, le linee guida ufficiali (tecniche e amministrative) intitolate «*Administrative Guidance on Submissions for Safety Evaluation of Substances added for Specific Nutritional Purposes in the Manufacture of Foods*»²³, espressamente applicabili alla direttiva n.

¹⁹ Cfr. punto 111 delle sue conclusioni.

²⁰ V. il punto 81 della sentenza.

²¹ Cfr. punto 82 della sentenza.

²² V. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed*, punti 75 ss.

²³ Il testo è disponibile su Internet: http://europa.eu.int/comm/food/food/labellingnutrition/nutritional/adm_guidance_safety_substances_en.pdf.

2002/46, contengono, tra l'altro, istruzioni relative alla presentazione, da parte dei "richiedenti", di una domanda-tipo di autorizzazione di una sostanza nutritiva ai fini della sua inclusione nella pertinente legislazione dell'Unione europea²⁴. Più precisamente, tale domanda-tipo può consistere²⁵ in:

*«Una lettera in cui si specifichi chiaramente la richiesta relativa alle categorie di nutrienti e, se del caso, allo specifico nutriente o agli specifici nutrienti per i quali si intende utilizzare come fonte la sostanza nutritiva. Deve inoltre indicarsi lo specifico atto normativo in cui il richiedente desidera sia inclusa la sostanza, vale a dire: (...)
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli integratori alimentari; (...).»*

Questa indicazione conferma quanto enunciato al decimo *considerando* della direttiva n. 2004/46, ossia che le parti interessate (richiedenti) sono le parti private, le quali possono chiedere l'inclusione di una sostanza in un elenco positivo ai sensi di detta direttiva ed inoltre che gli Stati membri non svolgono alcun ruolo nella fase della procedura che precede la valutazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (v. le conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed*, punto 79).

Poiché gli operatori economici non possono chiedere la valutazione di una determinata sostanza, da includere nell'elenco positivo, direttamente all'Autorità europea per la sicurezza alimentare in quanto soltanto la Commissione, il Parlamento europeo e gli Stati membri hanno il diritto di richiedere pareri scientifici²⁶, ne consegue che gli stessi operatori dovranno presentare la relativa domanda alla Commissione. Sarà poi compito della Commissione provvedere ad una rapida trasmissione della documentazione all'Autorità europea per la sicurezza alimentare se intende accelerare i tempi della procedura. Appare comunque utile ricordare che l'Autorità europea per la sicurezza alimentare, in base all'art. 29, par. 1 lett. *b.* del regolamento (Ce) n. 178/2002, ha la facoltà di elaborare pareri scientifici di propria iniziativa nelle materie di sua competenza.

**Fausto Capelli
Barbara Klaus***

²⁴ V. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed*, punti 77 ss.

²⁵ Cfr. punto 2.1 *Administrative Guidance*, cit. *supra*, nota 23, riportato parzialmente nel punto 78 della versione italiana delle conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed*.

²⁶ Art. 29, par. 1 del regolamento (Ce) n. 178/2002, in *Guce* n. L 31 del 2002, p. 1.

* Avvocato in Bamberg (Germania) e Milano.

L'USO DEL TERMINE «BIO» PER I PRODOTTI ALIMENTARI: NORMATIVA NAZIONALE E NORMATIVA COMUNITARIA

I

Corte di giustizia

Sentenza del 14 luglio 2005 in causa n. C-135/03*

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Impiego del termine «bio» per prodotti non ottenuti con un metodo di produzione biologico - Violazione degli artt. 2, 5 e 10 *bis* del regolamento (Cee) n. 2092/91 e dell'art. 2, n. 1, lett. *a.*, punto 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, n. 2000/13/Ce - Rigetto.

La versione iniziale dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 fa riferimento, per quanto concerne l'etichettatura, la pubblicità e i documenti commerciali relativi ai prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, alle indicazioni in uso in ciascuno Stato membro, che suggeriscono all'acquirente che il prodotto è stato ottenuto conformemente alle norme di produzione biologica e, in particolare, ai termini o ai corrispondenti termini derivati che compaiono in una lista che indica, per ciascuna delle allora undici lingue ufficiali della Comunità, una o due espressioni. Tale lista non ha carattere tassativo e quindi gli Stati membri possono, in caso di modifiche degli usi vigenti nel loro territorio, introdurre nelle proprie legislazioni nazionali, per fare riferimento a un metodo di produzione biologico, espressioni diverse da quelle che figurano nell'elenco citato. L'art. 2, nella versione applicabile al presente ricorso, è privo di equivoci al riguardo. Poiché, per quanto riguarda la lingua spagnola, solo il termine «ecológico» è contenuto nell'elenco predetto, non si può rimproverare al Governo spagnolo di non impedire ai produt-

* La versione integrale delle sentenze di seguito pubblicate è reperibile sul sito internet www.curia.eu.int. In argomento v. *infra*, p. 461 ss., il commento di *SERGIO VENTURA*.

tori di beni non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico di utilizzare termini differenti quali, nel caso di specie, «biológico» o «bio».

II

Corte di giustizia

Sentenza del 14 luglio 2005 in causa n. C-107/04

Comité Andaluz de Agricultura Ecológica c. Administración General del Estrado e Comité Aragonés de Agricultura Ecológica

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 2 del regolamento (Cee) n. 2092/91 come modificato dal regolamento (Ce) n. 392/2004 - Real Decreto n. 506/2001 - Uso dei termini «biológico» e «bio» per designare prodotti non ottenuti secondo metodi di produzione biologici - Divieto di tale uso dopo l'entrata in vigore del regolamento (Ce) n. 392/2004.

Nella sua versione iniziale, l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 si riferiva, per quanto concerne l'etichettatura dei prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico, alle indicazioni che sono in uso in ciascuno Stato membro e in particolare ai termini o ai corrispondenti termini derivati che comparivano in un elenco che indicava, per ciascuna delle allora undici lingue ufficiali della Comunità, una o due espressioni. In tale elenco, per la lingua spagnola era contenuto il solo termine «ecológico». Non era quindi proibito ai produttori di beni non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico di utilizzare altri termini, quali «biológico» e «bio». Tuttavia, l'art. 2 del regolamento n. 2092/91, come modificato dal regolamento n. 392/2004, precisa che i termini in esso indicati per ciascuna lingua non hanno, per gli Stati membri, carattere tassativo, ma un valore esemplificativo, comprensivo anche delle traduzioni nelle altre lingue ufficiali della Comunità. Ne consegue che d'ora in poi in Spagna, oltre al termine «ecológico», anche il termine «biológico» o il suo prefissoide «bio» dovranno essere riservati ai prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico.

I

(Omissis) In diritto

1. Con il proprio ricorso, la Commissione chiede alla Corte di dichiarare che il Regno di Spagna

- avendo conservato nel suo ordinamento giuridico interno e nei suoi usi l'impiego del termine «bio» – da solo o in combinazione con altri termini – per prodotti che non sono stati ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, violando co-

si il combinato disposto degli artt. 2 e 5 del regolamento (Cee) del Consiglio 24 giugno 1991, n. 2092, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari (*Guce* n. L 198, p. 1), come modificato dal regolamento (Ce) del Consiglio 22 giugno 1995, n. 1935 (*Guce* n. L 186, p. 1), e, per includervi le produzioni animali, dal regolamento (Ce) del Consiglio 19 luglio 1999, n. 1804 (*Guce* n. L 222, p. 1; in prosieguo: il «regolamento n. 2092/91»),

- non avendo adottato le misure necessarie per prevenire un utilizzo fraudolento del termine in questione, in violazione del combinato disposto degli artt. 2 e 10 *bis* del regolamento n. 2092/91,

- non avendo adottato misure destinate ad evitare che i consumatori siano indotti in errore circa le modalità di produzione o di ottenimento delle derrate alimentari, contrariamente a quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 2 del detto regolamento e dell'art. 2, n. 1, lett. *a.*, punto *i.*, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, n. 2000/13/Ce, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità (*Guce* n. L 109, p. 29), nonché

- avendo conservato, nel territorio della Comunità autonoma di Navarra, in violazione di tali disposizioni, l'impiego del termine «bio», da solo o in combinazione con altri termini, per latticini per i quali tale termine viene usato in modo abituale e costante, sebbene gli stessi non siano ottenuti con un metodo di produzione biologico,

è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza di tale regolamento e di tale direttiva e, in particolare, delle citate disposizioni degli stessi.

(*Omissis*)

Sul ricorso

Argomenti delle parti

15. Secondo la Commissione il regio decreto n. 506/2001, il quale riserva solo il termine «ecológico» e il suo prefissoide «eco» a metodi di produzione biologici, permettendo di conseguenza l'utilizzo del termine «bio» per prodotti che non sono stati ottenuti con tali metodi di produzione, viola gli artt. 2, 5 e 10 *bis* del regolamento n. 2092/91. L'art. 2 di tale regolamento vieterebbe chiaramente che prefissoidi di termini che indicano un metodo di produzione biologico siano utilizzati per prodotti non ottenuti secondo tale metodo. Il termine «bio» sarebbe esplicitamente menzionato in tale articolo in quanto esempio di un tale prefissoide. Tale interpretazione non sarebbe inficiata dal fatto che, nell'elenco di termini nelle varie lingue contenuto nel medesimo articolo, sia contenuto per la lingua spagnola il solo termine «ecológico». Tale elencazione infatti, introdotta dall'espressione «in particolare», non conterrebbe che esempi, e non avrebbe carattere tassativo.

16. Il contesto e lo scopo dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 confermerebbero tale interpretazione. Sarebbe infatti inconcepibile, nel mercato comune, che il termine «bio» sia protetto in alcuni Stati e non negli altri.

17. Inoltre, secondo le abitudini correnti in Spagna, e contrariamente a quanto sostiene il Governo spagnolo, i consumatori attribuirebbero un identico valore alle espressioni «ecológico» e «biológico». Tale rilievo troverebbe ulteriore conferma

nella versione precedente del regio decreto n. 1852/1993, che prevedeva la possibilità di utilizzare indistintamente i termini «biológico» e «bio», da un lato, e «ecológico» e «eco», dall'altro, per indicare i prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico. Lo stesso discorso varrebbe per la normativa in vigore nel territorio della Comunità autonoma di Navarra.

18. Da vari esempi concreti risulterebbe che i termini «ecológico» e «biológico» sarebbero spesso utilizzati, in Spagna, in modo identico. Numerosi prodotti recanti sull'etichetta il termine «biológico» sarebbero provvisti di un imballaggio riportante la menzione secondo la quale essi sarebbero stati ottenuti secondo un metodo di produzione biologico. La stessa stampa spagnola utilizzerebbe i due termini in modo indifferenziato.

19. I servizi della Commissione avrebbero ricevuto denunce relative all'esistenza, in Spagna, di un uso irregolare e fraudolento del termine «bio». In presenza di una tale situazione gli Stati membri sarebbero tenuti, ai sensi dell'art. 10 *bis*, n. 2, del regolamento n. 2092/91, a prendere le misure necessarie per porvi fine. Poiché il Governo spagnolo non ha adottato tali misure, andrebbe altresì constatata una violazione di tale norma.

20. Per le medesime ragioni, e cioè a causa della tolleranza delle autorità spagnole riguardo ad un uso fraudolento del termine «bio», la Commissione afferma che occorre altresì dichiarare accertata una violazione, da parte di dette autorità, dell'art. 2, n. 1, lett. *a*., punto *i*., della direttiva n. 2000/13. L'autorizzazione a porre in commercio, con l'etichetta «biológico» o «bio», prodotti alimentari non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico avrebbe l'effetto di indurre i consumatori in errore circa i metodi di produzione o di ottenimento dei prodotti alimentari in questione, tanto più che i prodotti realmente ottenuti con un metodo di produzione biologico sono generalmente proposti ad un prezzo considerevolmente più elevato.

21. Quanto poi alla specifica normativa in vigore nel territorio della Comunità autonoma di Navarra, la Commissione rileva che essa correttamente riserva l'utilizzo dei termini «biológico» e «bio» ai prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico. Non sarebbe però accettabile l'eccezione prevista per i latticini.

22. Il Governo spagnolo contesta la presunta infrazione. Esso conclude per il rigetto del ricorso della Commissione e per la condanna di quest'ultima alle spese. A giudizio del Governo spagnolo appare chiaro dalla lettera dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, nella versione applicabile nel caso di specie, che, per indicare un metodo di produzione biologico, si deve fare riferimento alle indicazioni linguistiche contenute nell'elenco inserito nel medesimo articolo. Tale elenco indica precisamente, per la lingua spagnola, il termine «ecológico», e non i termini «biológico» o «bio». I produttori sarebbero dunque liberi, in Spagna, di utilizzare i termini «biológico» o «bio» per indicare prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, e ciò senza che un tale uso possa essere qualificato illegale o fraudolento.

23. Secondo il Governo spagnolo, poiché le indicazioni di cui si discute non sono state armonizzate a livello comunitario, si deve accettare che esistano differenze tra le norme dei vari Stati membri. Se l'estensore del regolamento n. 2092/91 avesse voluto che la designazione dei prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico fosse sottoposta a regole identiche in tutti gli Stati membri, esso avrebbe dovuto imporre a ciascuno Stato l'utilizzo del medesimo termine, tradotto nelle varie lingue comuni-

tarie. L'elenco di cui si è detto, però, dimostrerebbe che non è questo il caso.

24. Nella percezione dei consumatori spagnoli, peraltro, il termine «bio», che sarebbe assai meno conosciuto in Spagna che in altri Stati membri, non farebbe tanto riferimento a metodi di produzione biologici, ma sarebbe piuttosto associato a prodotti che sono, in generale, sani e di effetto benefico per la salute. Da un sondaggio realizzato nel 1999 a Madrid risulterebbe che solo il 3% degli intervistati associa il termine «bio» a un metodo di produzione biologico, mentre l'86% lo collega semplicemente ai latticini, e principalmente allo yogurt. Non si potrebbe quindi sostenere che tale termine sia utilizzato in Spagna per indicare metodi di produzione biologici.

25. Il Governo spagnolo rigetta dunque gli addebiti circa una presunta violazione sia degli artt. 2, 5 e 10 *bis* del regolamento n. 2092/91 che dell'art. 2 della direttiva n. 2000/13. Poiché risulta, dal citato sondaggio, che la grande maggioranza dei consumatori spagnoli non associa il termine «bio» a un metodo di produzione biologico, la prassi di cui si discute non sarebbe tale da indurre gli stessi in errore.

26. La Commissione contesta l'oggettività, l'affidabilità e la pertinenza di tale sondaggio. Essa sostiene che, poiché il significato di certi termini, nel settore che qui interessa, evolve molto rapidamente, uno studio del 1999 non può avere valore per la situazione del 2002. Inoltre, il sondaggio stesso sarebbe stato condotto su un numero assai limitato di persone e, in considerazione delle questioni poste e dei metodi utilizzati, non sarebbe tale da poterne trarre alcuna conclusione decisiva.

27. In udienza il Governo spagnolo, in risposta ad un quesito della Corte, ha indicato che la maggior parte delle comunità autonome possiede norme regionali identiche a quelle in vigore nel territorio della Comunità autonoma di Navarra: tali norme ammettono indistintamente, oltre ad «ecológico» e «eco», svariati altri termini per indicare i prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico. Fra tali termini figurano spesso «biológico» e «bio».

28. Sempre in udienza le parti si sono altresì pronunciate sull'eventuale rilievo, ai fini della soluzione della controversia, della versione del regolamento n. 2092/91 risultante dopo le modifiche introdotte dal regolamento (Ce) del Consiglio 24 febbraio 2004, n. 392 (*Guce* n. L 65, p. 1), e dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea (*Guce* 2003, n. L 236, p. 346).

29. In effetti, il regolamento n. 392/2004 ha aggiunto, all'art. 2 del regolamento n. 2092/91, una disposizione secondo la quale i termini elencati in detto articolo nelle varie lingue «sono considerati indicazioni concernenti il metodo di produzione biologico in tutta la Comunità e in ogni sua lingua». Proprio questa versione del citato art. 2 è oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale che ha condotto, in data odierna, alla sentenza della Corte nella causa n. C-107/04, *Comité Andaluz de Agricultura Ecológica*.

30. Mentre la Commissione sostiene che tale ultima modifica dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 ha solo natura dichiarativa di un contenuto già implicito nella formulazione precedente, il Governo spagnolo afferma che si tratta di una modifica sostanziale, che non può però spiegare effetti nel presente ricorso per inadempimento.

Giudizio della Corte

31. Va preliminarmente ricordato che, secondo costante giurisprudenza, l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in funzione della situazione dello Stato membro così come essa si presentava alla scadenza del termine fissato nel parere motivato (v., in particolare, sentenze 16 gennaio 2003 in causa n. C-63/02, *Commissione c. Regno Unito*, Raccolta, I, p. 821, punto 11, e 14 aprile 2005 in causa n. C-341/02, *Commissione c. Germania*, punto 33). I cambiamenti intervenuti in seguito non possono essere tenuti in considerazione dalla Corte (v., in particolare, sentenza 18 novembre 2004 in causa n. C-482/03, *Commissione c. Irlanda*).

32. Poiché il parere motivato della Commissione è datato 24 aprile 2002 e il termine con esso assegnato al Regno di Spagna era di due mesi, l'esistenza del lamentato inadempimento va verificata sulla base del regolamento n. 2092/91 e non del medesimo così come modificato dal regolamento n. 392/2004.

33. L'art. 2 del regolamento n. 2092/91 fa riferimento, per quanto concerne l'etichettatura, la pubblicità e i documenti commerciali relativi a prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, alle «indicazioni che sono in uso in ciascuno Stato membro, che suggeriscono all'acquirente che il prodotto (...) [è] stat[o] ottenut[o] conformemente alle norme di produzione [biologica]» e «in particolare» ai «termini (...) o [ai] corrispondenti termini derivati» che compaiono in una lista che indica, per ciascuna delle allora undici lingue ufficiali della Comunità, una o due espressioni. In tale lista, per cinque delle undici lingue compare una sola espressione, corrispondente al termine francese «biologique» (biologico). Per altre tre lingue è presente una sola espressione corrispondente al termine francese «écologique» (ecologico). Per la lingua tedesca sono indicate, senza particolari distinzioni, due espressioni corrispondenti ai predetti due termini, mentre per ciascuna delle due lingue rimanenti è indicata un'altra espressione.

34. Tale lista, che è introdotta dall'espressione «in particolare», non ha carattere tassativo. Ne consegue che gli Stati membri possono, in caso di modifiche degli usi vigenti nel loro territorio, introdurre nelle proprie legislazioni nazionali, per fare riferimento a un metodo di produzione biologico, espressioni diverse da quelle che figurano nell'elenco citato.

35. L'art. 2 del regolamento n. 2092/91, nella versione applicabile al presente ricorso per inadempimento, è privo di equivoci al riguardo. Poiché, per quanto riguarda la lingua spagnola, solo il termine «ecológico», comprendente il prefissoide «eco», è contenuto nell'elenco presente in detto articolo, non si può rimproverare al Governo spagnolo di non impedire ai produttori di beni non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico di utilizzare termini differenti quali, nel caso di specie, «biológico» o «bio».

36. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, dalla formulazione dell'art. 2 non deriva nemmeno che il prefissoide «bio», poiché è indicato in tale articolo quale prefissoide tipico, debba essere tutelato in modo particolare in tutti gli Stati membri e in tutte le lingue, ivi comprese quelle per le quali, nell'elenco di cui al medesimo articolo, sono indicati termini che non corrispondono all'espressione francese «biologique» (biologico). Come si è visto precedentemente, all'epoca dei fatti questa era la situazione per cinque dei quindici Stati membri. Infatti, il riferimento, nell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, ai prefissoidi «bio, eco, ecc.» non consente di sostenere che un trattamento particolare debba essere riservato al solo termine «bio».

37. Benché possa apparire auspicabile, in considerazione dell'importanza crescente, a livello comunitario, del mercato dei prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico, provvedere ad un'armonizzazione in materia di indicazioni relative a tali prodotti, è al legislatore comunitario che spetta dare una risposta a tale esigenza. La modifica dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 da parte del regolamento n. 392/2004 indica un'evoluzione di questo tipo. Come risulta dalla citata sentenza di questa Corte nella causa *Comité Andaluz de Agricultura Ecológica*, la versione dell'art. 2 che risulta dalla citata modifica deve essere appunto interpretata nel senso che le espressioni in esso contenute devono essere tutelate in tutte le lingue ufficiali della Comunità.

38. Tale modifica, tuttavia, non può incidere sulla situazione normativa precedente, alla luce della quale deve essere valutato il presente ricorso per inadempimento. In effetti, l'adozione di una nuova versione dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 fa presumere la volontà del legislatore di modificare detto articolo, e non quella di lasciarlo immutato. Se non vi fosse stata tale volontà, non sarebbe stato necessario adottare la modifica legislativa di cui si è detto.

39. Infine, la Commissione non può sostenere che il Regno di Spagna sarebbe stato comunque tenuto a riservare, oltre al solo termine «ecológico» e al suo prefissoide «eco», anche il termine «bio» ai prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, e ciò a causa di un uso di tale ultimo termine, in Spagna, che avrebbe comunque condotto i consumatori spagnoli a considerare detto termine come indicazione di metodi di produzione biologici.

40. È vero, come sostiene la Commissione, che il contenuto della legislazione nazionale anteriore alle modifiche risultanti dal regio decreto n. 506/2001 e la situazione normativa nel territorio della Comunità autonoma di Navarra costituiscono rilevanti indizi a tale riguardo. Lo stesso si può dire delle informazioni fornite in udienza dal Governo spagnolo, in risposta ad un quesito della Corte, secondo le quali in molte altre regioni l'uso dei termini «biológico» o «bio» pare riservato ai prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico. Peraltro, a prima vista anche i dubbi espressi dalla Commissione a proposito del sondaggio richiamato dal Governo spagnolo non paiono privi di qualche fondamento.

41. Va tuttavia ricordato come sia giurisprudenza costante che, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, spetta alla Commissione dimostrare l'inadempimento lamentato. È la Commissione che deve fornire alla Corte gli elementi necessari perché questa possa verificare l'esistenza dell'inadempimento, senza fondarsi su alcuna presunzione (v., in particolare, sentenze 29 aprile 2004 in causa n. C-194/01, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, I, p. 4579, punto 34, e *Commissione c. Germania*, *cit.*, punto 35). Nel caso presente la Commissione, al di là delle citate indicazioni relative ad un certo uso dei termini «biológico» e «bio» sul mercato spagnolo, non ha dimostrato che, in tale mercato, detti termini suggeriscano in generale ai consumatori spagnoli che i prodotti relativi siano ottenuti secondo un metodo di produzione biologico. A tale proposito, anche se i dubbi espressi dalla Commissione a proposito del sondaggio indicato dal Governo spagnolo non sono privi di fondamento, rimane il fatto che la Commissione non ha provato che in Spagna, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, l'uso dei termini «biológico» e «bio» per indicare prodotti ottenuti secondo metodi di produzione biologici fosse a tal punto diffuso da far sì

che il consumatore spagnolo associasse detti termini a tali metodi di produzione. Pertanto, la Commissione non ha potuto confutare l'affermazione, contenuta nella motivazione del regio decreto n. 506/2001, secondo cui, al momento dell'adozione di quest'ultimo, l'uso del termine «bio» era divenuto abituale, in Spagna, per prodotti alimentari con caratteristiche estranee a un metodo di produzione biologico.

42. Non essendo dunque accertabile una violazione degli obblighi derivanti dall'art. 2 del regolamento n. 2092/91, nella versione applicabile nel presente caso, non può nemmeno ritenersi acclarata la violazione, che ne conseguirebbe, degli artt. 5 e 10 *bis* del detto regolamento e dell'art. 2, n. 1, lett. *a.*, punto *i.*, della direttiva n. 2000/13.

43. Per quanto poi riguarda l'inadempimento che, a giudizio della Commissione, deriverebbe dall'uso del termine «bio» nel territorio della Comunità autonoma di Navarra, basti osservare che il ragionamento seguito dalla Corte per quanto riguarda il regio decreto n. 506/2001 vale allo stesso modo per la normativa regionale applicabile nel territorio della Comunità autonoma di Navarra. Pertanto, anche in tal caso non è rilevabile alcun inadempimento.

44. Il ricorso va pertanto respinto nella sua interezza.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*) **In diritto**

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

10. Il *Tribunal Supremo* (Corte di cassazione spagnola) è stato investito, da parte del Comité Andaluz de Agricultura Ecológica, di un ricorso relativo alla legittimità del regio decreto n. 506/2001.

11. Secondo il giudice *a quo*, l'esito del procedimento principale dipende dalla portata e dal significato che si devono attribuire al regolamento n. 2092/91, in particolare al suo art. 2. In risposta ad una richiesta di chiarimenti da parte della Corte, il *Tribunal Supremo* ha chiesto che le questioni pregiudiziali siano estese alla versione di tale regolamento risultante dalle modifiche apportate dal regolamento n. 392/2004, che sono entrate in vigore dopo il deposito della domanda di pronuncia pregiudiziale.

12. Il giudice *a quo* afferma di dubitare della compatibilità con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali che riservano a metodi di produzione biologici soltanto il termine «ecológico», il suo prefissoide «eco» e i suoi derivati, consentendo pertanto l'uso del termine «biológico», del suo prefissoide «bio» e dei suoi derivati per prodotti che non hanno tali caratteristiche.

13. Per queste ragioni il *Tribunal Supremo* ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se il regolamento [n. 2092/91], integrato dal regolamento [n. 1804/1999], consideri in tutti gli Stati membri i termini "biologico" ed "ecologico", nonché i loro prefissoidi "bio" e "eco", come indicazioni che suggeriscono al compratore che il prodotto o gli ingredienti sono stati ottenuti in conformità alle norme sulla produzione biologica.

2. Se il regolamento [n. 2092/91], integrato dal regolamento [n. 1804/1999], ri-

servi necessariamente, in tutti gli Stati membri, l'uso dei termini "biologico" ed "ecologico", nonché dei loro prefissoidi "bio" e "eco", ai prodotti ottenuti in conformità alle norme stabilite per la produzione biologica da tale regolamento.

3. Se l'art. 2 del regolamento [n. 2092/91], integrato dal regolamento [n. 1804/1999], riservi in spagnolo solo il termine "ecológico" e il suo prefissoide "eco" ai prodotti ottenuti in conformità alle norme stabilite per la produzione biologica nel citato regolamento, cosicché può non essere in contrasto con quanto disposto dalla normativa comunitaria l'utilizzo in Spagna del termine "biológico" e del suo prefissoide "bio" in relazione a prodotti non biologici, se l'uso di tale termine e di tale prefissoide li ha resi generici e non destinati a designare, in Spagna, prodotti alimentari con determinate caratteristiche connesse a un metodo di produzione biologico».

Sulle questioni pregiudiziali

14. Con le sue questioni pregiudiziali, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice *a quo* chiede, in sostanza, se l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 – nonché lo stesso articolo come modificato dal regolamento n. 392/2004 – debba essere interpretato nel senso che esso vieta che prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico rechino in Spagna, nell'etichetta, nella pubblicità o nei documenti commerciali, l'indicazione «biológico» o il suo prefissoide «bio».

15. Il Governo spagnolo sostiene che l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 non impedisce di utilizzare il termine «biológico» o il suo prefissoide «bio» per prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico: ciò poiché, nell'elenco contenuto nel citato articolo, per la lingua spagnola è indicato solo il termine «ecológico». Per quanto riguarda il regolamento n. 2092/91, come modificato dal regolamento n. 392/2004, il Governo spagnolo ammette che un'interpretazione diversa è possibile, ed afferma la sua intenzione di modificare la propria legislazione nazionale sulla base dell'esito del presente procedimento e di quello scaturito dal ricorso per inadempimento *Commissione c. Spagna* (v. sentenza in data odierna nella causa n. C-135/03).

16. I Governi ellenico e francese, nonché la Commissione delle Comunità europee, in risposta ad un quesito della Corte, sostengono che non solo dalla versione più recente del regolamento n. 2092/91, ma anche da quella precedente del medesimo discende che i termini corrispondenti ai termini francesi «biologique» (biologico) e «bio» (bio) devono essere protetti in modo uniforme in tutta la Comunità. L'art. 2 del regolamento n. 2092/91, come modificato dal regolamento n. 392/2004, quando prevede che i termini indicati e i loro prefissoidi «sono considerati indicazioni concernenti il metodo di produzione biologico in tutta la Comunità e in ogni sua lingua», sarebbe solo esplicativo di un principio già presente nella versione precedente. Tale lettura sarebbe peraltro supportata dal secondo "*considerando*" del regolamento n. 392/2004. Pertanto, sebbene per la lingua spagnola sia presente, nell'elenco di cui all'art. 2 del regolamento n. 2092/91, solo il termine «ecológico», anche il termine «biológico» e i suoi derivati dovrebbero avere in Spagna uguale protezione.

17. Come risulta dal punto 33 della citata sentenza nella causa *Commissione c. Spagna*, l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 si riferiva, per quanto concerne l'etichettatura dei prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico, alle «indicazioni che sono in uso in ciascuno Stato membro» e «in particolare» ai «termini (...) o [ai] corrispondenti termini derivati» che comparivano in un elenco che indicava, per cia-

scuna delle allora undici lingue ufficiali della Comunità, una o due espressioni. In tale elenco, per cinque delle undici lingue compariva una sola espressione, corrispondente al termine francese «biologique». Per altre tre lingue era presente una sola espressione corrispondente al termine francese «écologique» (ecologico). Per la lingua tedesca erano indicate, senza particolari distinzioni, due espressioni corrispondenti ai predetti due termini, mentre per ciascuna delle due lingue rimanenti era indicata un'altra espressione.

18. Per la lingua spagnola era contenuto nell'elenco presente nel detto articolo il solo termine «ecológico», comprensivo del prefissoide «eco», e poiché non è stata provata l'esistenza, in Spagna, di usi differenti, la Corte non ha dichiarato, nel procedimento avviato dalla Commissione, che il Regno di Spagna fosse venuto meno agli obblighi ad esso incombenti non avendo proibito ai produttori di beni non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico di utilizzare altri termini, quali «biológico» e «bio» (sentenza *Commissione c. Spagna, cit.*, punto 35).

19. L'art. 2 del regolamento n. 2092/91, come modificato dal regolamento n. 392/2004, precisa che i termini in esso indicati per ciascuna lingua non hanno, per gli Stati membri, carattere tassativo, ma un valore esemplificativo, comprensivo anche delle traduzioni nelle altre lingue ufficiali della Comunità. In tal modo tale versione del regolamento risponde, come ha evidenziato l'Avvocato Generale ai par. 26-29 delle sue conclusioni, alle esigenze attuali del mercato comune dei generi alimentari, agli obiettivi della politica agricola comune, a quelli della politica dell'ambiente e a quelli della protezione dei consumatori.

20. Ne consegue che d'ora in poi in Spagna, oltre al termine «ecológico», anche il termine corrispondente al termine «biologique», parecchie espressioni equivalenti al quale figurano nell'elenco di cui al citato art. 2, dovrà essere riservato ai prodotti ottenuti secondo un metodo di produzione biologico.

21. Tale nuova formulazione non può tuttavia, nonostante il dettato del secondo *considerando* del regolamento n. 392/2004, secondo il quale è necessario «eliminare ogni possibilità di malinteso», avere effetti sul contenuto originario del regolamento n. 2092/91. In effetti, l'adozione di una nuova versione del citato art. 2 fa presumere la volontà del legislatore di modificare il regolamento n. 2092/91, e non quella di lasciarlo immutato. In mancanza di un simile intento, non sarebbe stato necessario modificare la norma (v. sentenza *Commissione c. Spagna, cit.*, punto 38).

22. Va dunque data risposta alle questioni pregiudiziali dichiarando che:

- l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 doveva essere interpretato nel senso che esso non vietava che prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico recassero in Spagna, nell'etichetta, nella pubblicità o nei documenti commerciali, l'indicazione «biológico» o il suo prefissoide «bio»;

- lo stesso art. 2, come modificato dal regolamento n. 392/2004, deve essere interpretato nel senso che, d'ora in poi, esso vieta che simili prodotti rechino in Spagna, nell'etichetta, nella pubblicità o nei documenti commerciali, l'indicazione «biológico» o il suo prefissoide «bio».

(*Omissis*)

SUL DIVIETO DELL'USO DEL TERMINE «BIO» PER PRODOTTI NON OTTENUTI SECONDO UN METODO DI PRODUZIONE BIOLOGICO

Sommario: **1.** *Le sentenze della Corte di giustizia* - **2.** *La normativa comunitaria* - **3.** *La normativa spagnola* - **4.** *Le tesi sostenute dalle parti* - **5.** *Il ragionamento della Corte: un'interpretazione opinabile.*

1. Le sentenze della Corte di giustizia

Le due sentenze oggetto del presente commento riguardano entrambe l'interpretazione dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91¹, nella parte in cui vieta l'uso del termine «bio» per prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, con riferimento alla normativa spagnola che permette invece tale uso. Occorre notare che il testo dell'art. 2 è stato modificato dal regolamento n. 392/2004².

La prima sentenza (causa n. C-135/03) ha rigettato un ricorso per inadempiamento proposto dalla Commissione delle Comunità europee il 26 marzo 2003 contro il Regno di Spagna. La Commissione riteneva infatti che questo Stato membro fosse venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza del citato regolamento e della direttiva n. 2000/13/Ce³. La Corte, accogliendo

¹ Regolamento (Cee) del Consiglio del 24 giugno 1991, n. 2092, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari, in *Guce* n. L 198 del 22 luglio 1991, p. 1.

² Regolamento (Ce) del Consiglio del 24 febbraio 2004, n. 392, che modifica il regolamento (Cee) n. 2092/91 relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e all'indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari, in *Guce* n. L 65 del 3 marzo 2004, p. 1.

³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 (n. 2000/13/Ce) relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29.

la tesi del Governo spagnolo, ha rigettato il ricorso sulla base della versione iniziale dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, applicabile alla scadenza del termine assegnato al Regno di Spagna nel parere motivato della Commissione (due mesi a decorrere dal 24 aprile 2002, data del parere motivato).

La seconda sentenza (procedimento n. C-107/04) ha per oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte dal *Tribunal Supremo* spagnolo con ordinanza del 1° dicembre 2003 (pervenuta alla Corte il 1° marzo 2004), nell'ambito di un ricorso presentato dal *Comité Andaluz de Agricultura Ecológica* contro la Pubblica Amministrazione spagnola. Nel rispondere alle questioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte esamina l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 sia nella sua versione iniziale che in quella modificata dal regolamento n. 392/2004. La Corte arriva alla conclusione che l'art. 2, nella sua versione iniziale (applicabile alla fattispecie), non vietava in Spagna l'uso dell'indicazione «biologico» o del prefissoide «bio» per prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico, mentre lo stesso articolo, nella versione modificata, vieta «d'ora in poi» detto uso.

2. La normativa comunitaria

Il regolamento n. 2092/91 disciplina l'etichettatura, la produzione e il controllo dei prodotti ottenuti con un metodo di produzione biologico. Esso è stato modificato più volte. La modifica introdotta con il regolamento n. 392/2004 ha avuto come oggetto, tra l'altro, l'art. 2, che prevede la protezione di taluni termini usati per indicare al consumatore che un prodotto alimentare o i suoi ingredienti sono stati ottenuti con un metodo di produzione biologico. La versione precedente aveva il seguente tenore (*corsivo aggiunto*):

«Ai fini del presente regolamento si considera che un prodotto reca indicazioni concernenti il metodo di produzione biologico quando, nell'etichettatura, nella pubblicità o nei documenti commerciali, il prodotto stesso, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi *sono caratterizzati dalle indicazioni che sono in uso in ciascuno Stato membro*, che suggeriscono all'acquirente che il prodotto, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono stati ottenuti conformemente alle norme di produzione di cui all'art. 6 e in particolare sono caratterizzati dai termini in appresso o dai corrispondenti termini derivati (come bio, eco, ecc.) o diminutivi in uso, soli o combinati, salvo che detti termini non si applichino ai prodotti agricoli contenuti nelle derrate alimentari o nei mangimi o non abbiano in modo evidente alcun rapporto con il metodo di produzione: (...)».

Erano quindi elencati, nelle undici lingue ufficiali della Comunità, termini come «biologico», «organic» e, in spagnolo, «ecológico».

Viceversa, la versione attualmente in vigore, introdotta con il regolamen-

to n. 392/2004, dispone quanto segue (*corsivo aggiunto*):

«Ai fini del presente regolamento si considera che un prodotto reca indicazioni concernenti il metodo di produzione biologico quando, nell'etichettatura, nella pubblicità o nei documenti commerciali, il prodotto stesso, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono descritti con termini che suggeriscono all'acquirente che il prodotto, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono stati ottenuti conformemente alle norme di produzione di cui all'art. 6. In particolare, i termini in appresso o i corrispondenti termini derivati (come bio, eco, ecc.) o diminutivi in uso, soli o combinati, *sono considerati indicazioni concernenti il metodo di produzione biologico in tutta la Comunità e in ogni sua lingua*, salvo che essi non si applichino ai prodotti agricoli contenuti nelle derrate alimentari o nei mangimi o non abbiano in modo evidente alcun rapporto con tale metodo di produzione: (...)».

Segue quindi l'elenco, nelle attuali venti lingue ufficiali, di una serie di termini che si possono ricollegare essenzialmente alle tre indicazioni: «biologico», «organico» ed «ecologico».

Nella motivazione del regolamento n. 392/2004 la modifica dell'art. 2 viene giustificata invocando la necessità di eliminare «ogni possibilità di malinteso» (in francese, «toute erreur d'interprétation») in merito alla «portata della protezione» dei termini utilizzati, dei loro derivati o diminutivi in uso, soli o combinati, «indipendentemente dalla lingua utilizzata».

Occorre citare, infine, l'art. 2, n. 1, lett. a., punto i., della direttiva n. 2000/13/Ce. Questa norma dispone che l'etichettatura e le relative modalità di realizzazione non devono essere tali da indurre in errore l'acquirente, specialmente «per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto alimentare e in particolare la natura, l'identità, la qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine o la provenienza, il modo di fabbricazione o di ottenimento».

3. La normativa spagnola

In Spagna la fattispecie è stata oggetto, dapprima, dell'art. 3, n. 1, del *Real Decreto* 22 ottobre 1993, n. 1852⁴, secondo il quale si doveva ritenere che un prodotto recasse indicazioni concernenti metodi di produzione biologici quando il prodotto stesso o i suoi ingredienti erano contrassegnati mediante il termine «ecológico». Tuttavia, la stessa norma prevedeva che potessero essere utilizzati, tra l'altro, anche i termini «biológico», «orgánico», «biodinámico», e i rispettivi composti, oltre alle denominazioni «eco» e «bio»

⁴ BOE 26 novembre 1993, n. 283, p. 33528.

accompagnate o meno dal nome del prodotto, da quello dei suoi ingredienti o dal suo marchio commerciale.

Il suddetto decreto è stato modificato dal *Real Decreto* 11 maggio 2001, n. 506⁵, sicché l'art. 3, n. 1, prevede ora che «in ogni caso si ritiene che un prodotto rechi indicazioni concernenti un metodo di produzione biologico quando il prodotto stesso, i suoi ingredienti o le materie prime per mangimi sono contrassegnati, nell'etichetta, nella pubblicità o nei documenti commerciali, mediante il termine «ecológico» o il suo prefissoide «eco», da soli o in combinazione con il nome del prodotto, dei suoi ingredienti o del marchio commerciale».

Nella motivazione del *Real Decreto* n. 506/2001 (terzo e quinto punto) si afferma che tale modifica aveva lo scopo di evitare ogni ambiguità circa i termini riservati alla produzione biologica dalla normativa comunitaria ed eliminare la confusione che potrebbe sorgere nei consumatori spagnoli, tenuto conto del fatto che in Spagna, nel settore alimentare, l'uso del termine «bio» designa abitualmente prodotti con caratteristiche non legate ad un metodo di produzione biologico.

Il quadro della normativa spagnola applicabile alla fattispecie deve essere completato citando il decreto regionale del 20 dicembre 1999, n. 617, della Comunità autonoma di Navarra⁶, il cui art. 2 dispone che un prodotto reca indicazioni riferite a un metodo di produzione biologico qualora il prodotto stesso sia designato con i termini «ecológico», «obtenido sin el empleo de productos químicos de síntesis», «biológico», «orgánico», «biodinámico» o con le abbreviazioni «eco» e «bio».

Si noterà, tuttavia, che il citato decreto regionale è stato modificato con un decreto del 12 giugno 2000, n. 212⁷, che prevede un'eccezione per i prodotti lattiero-caseari «associati in modo abituale e continuo» alla denominazione «bio», poiché «essa non ha alcun legame con un metodo di produzione biologico».

L'adozione del *Real Decreto* n. 506/2001 ha provocato, da un lato, il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 226 CE (causa n. C-135/03) e, dall'altro, il ricorso del Comité Andaluz de Agricultura Ecológica dinanzi al *Tribunal Supremo*, tendente all'annullamento del citato decreto, che ha dato luogo alla domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE (causa n. C-107/04).

⁵ BOE 26 maggio 2001, n. 126, p. 18609.

⁶ BO di Navarra 10 gennaio 2000, n. 4.

⁷ BO di Navarra 10 luglio 2000, n. 83.

4. Le tesi sostenute dalle parti

In entrambi i procedimenti il Governo spagnolo ha sostenuto che l'art. 2 del regolamento n. 2092/91, nella sua versione iniziale, non vietava l'uso del termine «biologico» e del suo prefissoide «bio» per prodotti non ottenuti con un metodo di produzione biologico. Infatti, l'elenco dei termini utilizzati nelle varie lingue ufficiali della Comunità indica, per la lingua spagnola, solo il termine «ecológico», sicché i termini «biológico» e «bio» potevano essere usati liberamente dai produttori spagnoli.

Inoltre, nel procedimento introdotto ai sensi dell'art. 226 CE (causa n. C-135/03), il Governo spagnolo, invocando un sondaggio effettuato nel 1999 a Madrid, ha sottolineato che il termine «bio», in Spagna, sarebbe associato dai consumatori non tanto a metodi di produzione biologici quanto a prodotti «sani e di effetto benefico per la salute».

Secondo il Governo spagnolo, se il legislatore comunitario avesse voluto che la designazione dei prodotti biologici fosse disciplinata da regole identiche in tutti gli Stati membri, esso avrebbe dovuto imporre l'uso dello stesso termine, tradotto in tutte le lingue ufficiali della Comunità.

Tuttavia, nel procedimento relativo alla causa n. C-107/04, il Governo spagnolo ha ammesso che, in seguito alla modifica introdotta dal regolamento n. 392/2004, un'interpretazione diversa dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 è possibile ed ha manifestato l'intenzione di modificare la propria normativa sulla base dell'esito del citato procedimento e di quello relativo al ricorso per inadempimento (causa n. C-135/03).

In contrasto con la tesi del Governo spagnolo, la Commissione, appoggiata dai Governi greco e francese (interventuti nel procedimento di cui alla causa n. C-107/04), ha sostenuto che non solo nella versione più recente ma anche nella versione iniziale l'art. 2 del regolamento n. 2092/91 implica che i termini «biologico» e «bio» debbono essere protetti in modo uniforme in tutta la Comunità.

Secondo la Commissione, tale interpretazione è confermata dal *contesto* e dalla *scopo* del citato articolo. Sarebbe infatti inammissibile, nel mercato comune, che quei termini fossero protetti solo in alcuni Stati membri.

Inoltre, la Commissione ha osservato che la prima versione del *Real Decreto* n. 1852/1993 confermerebbe che anche in Spagna i consumatori attribuiscono lo stesso valore alle espressioni «ecológico» e «biológico», come risulta sia dalla terminologia usata dalla stampa spagnola sia dall'etichettatura di numerosi prodotti alimentari ottenuti in Spagna con un metodo di produzione biologico sia, infine, dalle norme regionali che, come quella della Comunità autonoma di Navarra, ammettono indistintamente, oltre ai termini «ecológico» e «eco» altre espressioni, tra cui molto spesso anche i termini «biológico» e «bio».

Per quanto riguarda la versione più recente dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, mentre per il Governo spagnolo essa costituisce una *modifica sostanziale*, senza nessun effetto retroattivo, la Commissione sostiene che essa ha un *valore semplicemente dichiarativo*, limitandosi ad esplicitare un contenuto già implicito nella versione iniziale.

Nelle sue conclusioni, presentate il 17 marzo 2005, l'Avvocato Generale (Signora Juliane Kokott) si richiama allo *scopo* del regolamento n. 2092/91 e al concetto di *mercato interno*, per affermare il «carattere di indicazione valida su scala comunitaria» del prefissoide «bio».

Questa interpretazione, fondata essenzialmente sulla versione più recente dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, è tuttavia edulcorata quando l'Avvocato Generale conclude⁸ che «la traduzione di un termine espressamente citato in detto articolo in un'altra lingua ufficiale può essere utilizzata per prodotti non ottenuti con metodi di produzione biologici soltanto se, nella lingua in questione, tale termine tradotto non abbia in modo evidente alcun rapporto con le tecniche di produzione biologiche».

Questa conclusione tiene evidentemente conto del fatto che, secondo l'Avvocato Generale, la definizione che precede l'elenco dei termini enumerati nell'art. 2 del regolamento n. 2092/91 si basa «in maniera decisiva sulla percezione da parte dei consumatori»⁹.

Ma essa non sembra tenere conto, invece, del fatto che l'art. 2 autorizza l'uso di un termine tutelato in un'altra lingua ufficiale non solo se questo termine non ha in modo evidente alcun rapporto con un metodo di produzione biologico ma anche se esso *non si applica* «ai prodotti agricoli contenuti nelle derrate alimentari o nei mangimi». Se ne deve dedurre che l'eccezione di cui trattasi si riferisce soltanto ai prodotti diversi da quelli alimentari.

5. Il ragionamento della Corte: un'interpretazione opinabile

La Corte ha adottato le decisioni ricordate in precedenza¹⁰ in base ad un'interpretazione della versione iniziale dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, che non tiene conto né dello scopo del regolamento né degli inconvenienti che un'interpretazione puramente letterale di quel testo presentava dal punto di vista del mercato comune e della protezione dei consumatori. In proposito, mi limiterò a citare i paragrafi da 26 a 29 delle conclusioni dell'Avvocato Generale nel procedimento relativo alla causa n. C-107/04:

⁸ Punto 38, 2., delle conclusioni nella causa n. C-107/04.

⁹ Punto 20 delle conclusioni citate.

¹⁰ Cfr. *supra*, par. 1.

«26. Anche lo scopo del regolamento n. 2092/91 ed il concetto di mercato interno, che deve essere tenuto in considerazione nell'ambito di un'interpretazione del diritto derivato conforme al Trattato, confermano il carattere di indicazione valida su scala comunitaria dell'abbreviazione «bio».

27. Scopo del regolamento n. 2092/91 è l'incentivazione dei metodi di produzione biologici. Per raggiungere tale scopo, da un lato il regolamento intende proteggere il consumatore da indicazioni ingannevoli. Il consumatore deve poter identificare facilmente i prodotti ottenuti con metodi di produzione biologici. D'altro canto, il regolamento intende però anche impedire la concorrenza sleale a danno dei produttori di prodotti biologici. I prodotti ottenuti con metodi di produzione biologici devono essere protetti dalla concorrenza da parte di prodotti meno costosi, ottenuti con metodi di produzione convenzionali.

28. Risulterebbe in contrasto con questi obiettivi riservare in un Stato membro un termine, per esempio «bio», a prodotti ottenuti con metodi di produzione biologici, e lasciare invece il medesimo termine privo di tutela in altri Stati membri. Se il termine «bio» fosse tutelato come indicazione di metodi di produzione biologici solo per una parte delle lingue comunitarie i consumatori, acquistando in altri Stati membri o acquistando prodotti posti in commercio con indicazioni in altre lingue, potrebbero erroneamente ritenere che si tratti di prodotti ottenuti con metodi di produzione biologici. Inoltre, nel commercio internazionale i prodotti ottenuti con metodi di produzione biologici sarebbero esposti alla diretta concorrenza di prodotti meno costosi, ottenuti con metodi di produzione convenzionali.

29. Con ciò non sarebbe a rischio solo l'obiettivo del regolamento di impedire la concorrenza sleale. Per di più, siffatte differenze nella tutela accordata alle indicazioni potrebbero anche ostacolare gli scambi intracomunitari di prodotti ottenuti con metodi di produzione biologici. Invece, con una protezione uniforme su scala comunitaria non solo si escludono potenziali ostacoli alla libera circolazione delle merci, ma si agevola anche la creazione nella Comunità di un concetto univoco, che può incentivare gli scambi di questi prodotti».

Queste conclusioni sono condivise anche dalla Corte (punto 19 della sentenza nel procedimento n. C-107/04), ma con esclusivo riferimento alla versione più recente dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91.

Mi pare che il vizio di fondo dell'argomentazione della Corte risieda nel

fatto che essa non ha potuto accettare la tesi della Commissione, secondo la quale la modifica dell'art. 2, introdotta con il regolamento n. 392/2004, avrebbe soltanto un valore dichiarativo.

Eppure, nel caso di specie, sussistevano, a mio avviso, vuoi il carattere specifico dell'*interpretazione autentica*, che è dato dall'identità (s'intende, in senso giuridico) tra l'autore della dichiarazione interpretata e l'autore della dichiarazione interpretativa, vuoi il presupposto, consistente nell'incertezza circa il significato normativo del precetto antecedente. Che questo precetto fosse poco chiaro lo prova, tra l'altro, il fatto che è stato interpretato e applicato in modo divergente dagli Stati membri¹¹.

Se poi si tiene conto dello *scopo* della normativa in questione, quale risulta dalla motivazione dei regolamenti citati e del *contesto* in cui questa normativa deve essere applicata, cioè quello di un «mercato unico», un'*interpretazione teleologica* dell'art. 2 del regolamento n. 2092/91, anche nella sua versione iniziale, avrebbe dovuto condurre la Corte ad accettare la tesi della Commissione.

Forse la circostanza di dover decidere contemporaneamente su un ricorso per inadempimento e su una domanda di pronuncia pregiudiziale ha indotto la Corte, sulla base di un'attenta valutazione comparativa degli interessi in conflitto, ad affermare che soltanto dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 392/2004 l'uso del prefissoide «bio» è vietato in tutti gli Stati membri per prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico.

Sergio Ventura

¹¹ Sulla problematica dell'interpretazione autentica cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 93 ss.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

NON CONTRASTA CON LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI L'ATTIVITÀ DI VENDITA AMBULANTE DI ABBONAMENTI A PERIODICI SE LA DISCIPLINA RELATIVA NON OPERA DISCRIMINAZIONI TRA PRODOTTI COMUNITARI E PRODOTTI NAZIONALI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 maggio 2005 in causa n. C-20/03

Procedimento penale a carico di Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden, Anthony De Jong

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle merci - Art. 28 CE - Misure di effetto equivalente - Vendita ambulante - Offerta e sottoscrizione di contratti di abbonamento a periodici - Autorizzazione previa - Art. 39 CE - Libera prestazione dei servizi - Tutela dei consumatori - Insussistenza.

L'art. 28 Trattato CE non osta a una disciplina nazionale in virtù della quale uno Stato membro sanziona penalmente la vendita ambulante di abbonamenti a periodici, effettuata nel suo territorio senza previa autorizzazione, qualora tale disciplina si applichi, a prescindere dall'origine dei prodotti di cui si tratta, a tutti gli operatori interessati che esercitano la loro attività nel territorio nazionale, purché incida allo stesso modo, in diritto come in fatto, sulla commercializzazione dei prodotti originari di tale Stato e su quella dei prodotti provenienti da altri Stati membri¹.

Spetta al giudice del rinvio verificare se, date le circostanze della causa principale, l'applicazione del diritto nazionale sia in grado di garantire che la detta disciplina incida allo stesso modo, in diritto come in fatto, sulla com-

* A cura di ENRICA ADOBATI.

mercificazione dei prodotti nazionali e su quella dei prodotti provenienti da altri Stati membri nonché, qualora così non fosse, stabilire se la disciplina controversa sia giustificata da un obiettivo di interesse generale nel senso conferito a tale concetto dalla giurisprudenza della Corte e se sia proporzionata a tale obiettivo².

¹⁻² I signori Burmanjer, Van Der Linden e De Jong, cittadini olandesi, avevano venduto a Ostenda, sulla pubblica via, abbonamenti a periodici per conto della società tedesca Alpina presso la quale lavoravano come rappresentanti indipendenti.

Avendo i ricorrenti praticato la vendita ambulante in violazione della normativa belga relativa all'esercizio dell'attività di ambulante e all'organizzazione di mercati all'aperto (*Belgisch Staatsblad*, del 30 settembre 1993, p. 21526), che prescrive, per coloro che esercitano un'attività nel Regno del Belgio un'autorizzazione da parte del Ministro o di un funzionario di primo livello da esso delegato, è stato avviato un procedimento penale nei loro confronti dinanzi al Tribunale di prima istanza di Bruges. Questo li ha riconosciuti colpevoli di aver esercitato un'attività ambulante senza la prescritta autorizzazione.

Gli imputati interponevano appello avverso la sentenza di condanna e l'organo giurisdizionale adito, ritenendo indispensabile l'intervento interpretativo della Corte di giustizia Ce, sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte due questioni pregiudiziali che venivano esaminate dalla Corte congiuntamente.

In sostanza è stato chiesto alla Corte di valutare se la normativa nazionale controversa, che sanziona penalmente la vendita ambulante effettuata nel territorio nazionale senza l'autorizzazione prescritta, contrasti con gli artt. 28, 39 e 49 CE e se la stessa sia sproporzionata rispetto allo scopo perseguito.

La Corte, *in primis*, ha provveduto alla identificazione della normativa comunitaria applicabile al caso di specie. Essa ha perciò osservato come i ricorrenti, nella loro qualità di rappresentanti indipendenti, non possano essere qualificati lavoratori dipendenti alla luce della giurisprudenza costante della Corte (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. C-85/96, *Martinez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691 e annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 628 e del 31 maggio 2001 in causa n. C-43/99, *Leclere e Deaconescu*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4265).

Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 39 CE.

Con riferimento all'art. 28 CE la Corte precisa che la disciplina nazionale della vendita ambulante si ricollega alla libera circolazione delle merci (cfr. le seguenti sentenze del 16 maggio 1989 in causa n. 382/87, *Buet e EBS*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 1235; del 30 aprile 1991 in causa n. C-239/90, *Boscher*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2023; del 13 gennaio 2000 in causa n. C-254/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 151 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 619 e del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Karner*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3025 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 538) e, secondo una giurisprudenza consolidata, ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari deve essere considerata una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative e, a tale titolo, è vietata dalla disposizione comunitaria sopra citata (cfr. la nota sentenza dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837).

A parere della Corte, la disciplina nazionale della vendita ambulante è potenzialmente in grado di restringere il volume complessivo delle vendite dei prodotti nello Stato membro interessato e conseguentemente di diminuire il volume delle vendite di merci provenienti da altri Stati membri. È compito del giudice nazionale verificare però se l'applicazione del diritto nazionale sia in grado di garantire che la disciplina nazionale della vendita ambulante incida allo stesso modo, in diritto come in fatto, sulla commercializzazione dei prodotti nazionali e su quella dei prodotti provenienti da altri Stati membri.

Infine, la Corte ha ritenuto di non dover esaminare l'eventuale contrasto con l'art. 49 CE in quanto alla disciplina nazionale controversa, – riferendosi alle condizioni richieste per la commercializzazione di un certo tipo di prodotti –, non si applica la normativa comunitaria relativa alla libera prestazioni di servizi.

**UN CASO PARTICOLARE DI APPLICAZIONE
DELLA DIRETTIVA SULLA TUTELA DEL LAVORATORE
IN CASO DI TRASFERIMENTO DI IMPRESE**

Corte di giustizia

Ordinanza del 26 maggio 2005 in causa n. C-297/03

Sozialhilfeverband Rohrbach c. Arbeiterkammer Oberösterreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 104, n. 3, del regolamento di procedura - Direttiva n. 2001/23/Ce - Trasferimento di imprese - Possibilità di far valere una direttiva nei confronti di un singolo - Opposizione di un lavoratore al trasferimento del suo contratto al cessionario.

Figura nel novero degli enti che possono vedersi opporre gli artt. 3, n. 1, e n. 1, lett. c., prima frase della direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, una società a responsabilità limitata di diritto privato il cui solo azionista è un consorzio intercomunale di assistenza sociale di diritto pubblico¹.

Un ente statale che cede il suo stabilimento non può far valere gli artt. 3 n. 1, e n. 1, lett. c., prima frase della direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce contro un lavoratore al fine di imporgli la prosecuzione del suo rapporto di lavoro con un cessionario².

¹⁻² Tra il Consorzio intercomunale di assistenza sociale di diritto pubblico (di seguito: Consorzio) e la Camera regionale dei lavoratori e il Sindacato rappresentante i lavoratori subordinati del settore pubblico, sorgeva una controversia sulla questione se i contratti di lavoro dei lavoratori del Consorzio potessero essere trasferiti rispettivamente a due nuove società di utilità pubblica a responsabilità limitata.

Il Consorzio, per motivi economici e organizzativi, adottava il piano di scindere due imprese trasferendo i suoi stabilimenti a due società a responsabilità limitata appena costituite di cui il Consorzio detiene l'intero capitale sociale.

Secondo quanto previsto nei contratti di conferimento conclusi, i due stabilimenti del Consorzio costituivano i conferimenti in natura nelle due società. Il Consorzio trasferiva, altresì, rispettivamente a queste ultime i diritti di disporre degli impianti interessati dallo smembramento.

In sostanza, le nuove società si sostituivano al Consorzio in tutti i rapporti giuridici in essere, per quanto riguarda le due imprese cedute, tra il Consorzio stesso e i terzi. Inoltre, veniva garantito che i diritti dei lavoratori trasferiti continuavano ad essere mantenuti in futuro dalle imprese subentranti.

In un secondo momento, le quote sociali del Consorzio nelle due società sarebbero state trasferite ad una società di pubblica utilità a responsabilità limitata il cui solo socio è un'associazione di diritto privato.

La controversia è scaturita dal fatto che i lavoratori contestavano l'esistenza di un trasferimento dei loro contratti di lavoro alle nuove società, ritenendo di essere giuridicamente

vincolati al Consorzio. Quest'ultimo, rivolgendosi al giudice del rinvio ha sostenuto di poter invocare l'applicazione diretta della direttiva del Consiglio del 14 febbraio 1977, n. 77/187/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (in *Guce* n. L 61 del 1977, p. 26), come modificata dalla direttiva n. 98/50/Ce (in *Guce* n. L 201 del 1998, p. 88), e come codificata dalla direttiva n. 2001/23/Ce.

L'organo giurisdizionale austriaco sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia affinché chiarisse se una società a responsabilità limitata di diritto privato, il cui unico socio è un consorzio di assistenza sociale di diritto pubblico, possa essere qualificato come «ente statale», con l'effetto che nei suoi confronti sia direttamente applicabile la direttiva n. 77/187/Cee nel caso in cui la quota di partecipazione del consorzio di assistenza sociale debba essere trasferita in base ad un contratto di conferimento ad una società privata a responsabilità limitata.

Nel rispondere a tale questione la Corte di giustizia ha precisato che le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva possono essere invocate dagli amministratori nei confronti di organismi o di enti soggetti all'autorità o al controllo di un'autorità pubblica come i comuni (cfr. sentenze del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723, in questa *Rivista*, 1987, p. 87 con commento di F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, p. 98 ss.; del 12 luglio 1990 in causa n. C-188/89, *Foster e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3313 e in questa *Rivista*, 1991, p. 373 ss. con commento di M. G. BOCCIA, *Efficacia delle direttive nei confronti delle imprese pubbliche*, p. 377 ss. e del 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839).

L'art. 1, n. 1, lett. c. della direttiva in questione prevede che essa si applichi alle imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, indipendentemente dal fatto che perseguono o meno uno scopo di lucro. Una riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici, non costituisce trasferimento ai sensi della presente direttiva. Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della stessa direttiva: «I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento».

In considerazione del fatto che gli artt. 3, n. 1, e 1, n. 1, lett. c., prima frase, della direttiva n. 2001/23/Ce soddisfano le condizioni per produrre un effetto diretto, essi possono essere invocati nei confronti di una società a responsabilità limitata di diritto privato il cui solo azionista è un consorzio intercomunale di assistenza sociale di diritto pubblico. È del tutto irrilevante, a parere della Corte, il fatto che le quote sociali possedute dal consorzio siano destinate, in un secondo momento, ad essere trasferite ad un'altra società il cui solo azionista sarà un'associazione privata.

Infine, con la seconda questione viene chiesto alla Corte di chiarire se un ente statale che cede il proprio stabilimento possa far valere le disposizioni della direttiva n. 2001/23/Ce nei confronti di un lavoratore al fine di imporgli la prosecuzione del proprio rapporto di lavoro con il cessionario.

In proposito la Corte osserva che un ente statale non può far valere la direttiva n. 2001/23/Ce contro un lavoratore al fine di imporgli la prosecuzione del suo rapporto di lavoro con una o più imprese cessionarie perché una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo (cfr. sentenze: 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, *Arcaro*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705; 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, p. 723; 8 ottobre 1987 in causa n. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, in *Raccolta*, p. 3969; 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325, punto 22 e in questa *Rivista*, 1994, p. 361 con commento di F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, p. 367; 7 marzo 1996 in causa n. C-192/94, *El Corte Inglés*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1281 e annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 579; 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135 e 16 dicembre 1993 in causa n. C-334/92, in *Raccolta*, I, p. 6911).

L'AUTORITÀ GRECA PER LA CONCORRENZA NON PUÒ ESSERE CONSIDERATA UNA GIURISDIZIONE AI SENSI DELL'ART. 234 CE

Corte di giustizia

Sentenza del 31 maggio 2005 in causa n. C-53/03

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e a. c. Glaxo-SmithKline AVEVE plc e.a.

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Ricevibilità - Nozione di giurisdizione nazionale - Abuso di posizione dominante - Rifiuto di rifornire i grossisti di medicinali - Commercio parallelo.

Ai sensi di una giurisprudenza costante, per valutare se l'organo remittente possiede le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 CE, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (cfr., sentenze del 17 settembre 1997 in causa n. C-54/96, Dorsch Consult, in Raccolta, 1997, I, p. 4961; del 21 marzo 2000 in cause riunite da n. C-110/98 a n. C-147/98, Gabalfrisa e a., in Raccolta, 2000, I p. 1577; del 30 novembre 2000 in causa n. C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, in Raccolta, 2000, I, p. 10497 e del 30 maggio 2002 in causa n. C-516/99, Schmid, in Raccolta, 2002, I, p. 4573). Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v., in particolare, sentenze del 12 novembre 1998 in causa n. C-134/97, Victoria Film, in Raccolta, 1998, I, p. 7023 e Österreichischer Gewerkschaftsbund, cit.)¹.

La Corte di giustizia delle Comunità europee non è competente a risolvere le questioni sottoposte dall'Epitropi Antagonismou, con decisione del 22 gennaio 2003².

¹⁻² Ancora una volta la Corte di giustizia si trova a chiarire la nozione di giurisdizione nazionale, come definita dall'art. 234 CE. Si tratta, infatti, di una nozione comunitaria che la Corte di giustizia, come si evince anche dal contenuto della sentenza sopra massimata, interpreta in maniera estensiva, al fine di poter assicurare l'effetto utile del diritto comunitario. Tuttavia, uno dei due criteri essenziali, quello organico e quello funzionale, affinché possa aversi una giurisdizione nazionale, può talvolta venire a mancare.

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza in causa n. C-53/03 ha visto contrapposti, da un lato la Epitropi Antagonismou, l'Autorità ellenica per la concorrenza (di seguito: Autorità per la concorrenza) e, dall'altro, alcuni grossisti greci di medicinali e associazioni di farmacisti in merito al rifiuto da parte di alcuni grossisti di soddisfare gli ordini inerenti a certi medicinali sul mercato greco.

L'Autorità per la concorrenza adita ha chiesto in sostanza alla Corte di giustizia se un'impresa farmaceutica in posizione dominante possa, al fine di limitare il mercato parallelo dei suoi prodotti, rifiutare di soddisfare integralmente gli ordinativi che riceve da grossisti di medicinali.

In via preliminare, la prima questione che la Corte ha dovuto risolvere è se l'Autorità per la concorrenza possa essere considerata una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE. Infatti, ai sensi dell'art. 8, n. 1, della legge n. 703/1977 relativa al controllo dei monopoli e degli oligopoli, nonché alla protezione della libera concorrenza è istituita un'Epitropi Antagonismou che funziona come un'autorità indipendente. Ai membri viene garantita un'indipendenza, sia personale che funzionale e, nell'esercizio delle loro funzioni, sono sottoposti solo alla legge e alla loro coscienza. Inoltre, l'Epitropi Antagonismou dispone di un'autonomia amministrativa ed economica ed è sottoposta al controllo del Ministro per lo Sviluppo.

A parere della Corte, il fatto che l'Autorità per la concorrenza sia soggetta alla protezione del Ministro per lo sviluppo significa che questi può controllare la legittimità delle decisioni prese dalla prima. Inoltre, sebbene i membri dell'Epitropi Antagonismou godano, ai sensi della normativa greca, di un'indipendenza, sia personale che funzionale e, nell'esercizio delle loro funzioni, siano sottoposti solo alla legge e alla loro coscienza, non appare chiaro se la revoca o l'annullamento della loro nomina, sia soggetta a particolari garanzie.

Oltre tutto, il presidente di tale organo competente per il coordinamento e la determinazione dell'indirizzo generale del segretariato è il superiore gerarchico del personale del segretariato stesso esercitando su di esso il potere disciplinare. Ne consegue che non può sussistere una separazione funzionale tra l'organo decisionale ed il suo segretariato, organo d'istruzione, su proposta del quale essa decide.

Inoltre, la Commissione per la concorrenza può essere privata della propria competenza in quanto lavora in stretta collaborazione con la Commissione delle Comunità europee che, nel caso di specie, probabilmente avvierà un procedimento che potrà risolversi con una pronuncia di carattere non giurisdizionale. Alla luce di tali considerazioni, ne deriva che la Corte di giustizia non può essere adita dall'Epitropi Antagonismou in quanto essa deve solamente statuire nell'ambito di procedimenti destinati a definirsi con una pronuncia di carattere giurisdizionale.

IL SISTEMA SVEDESE CHE PREVEDE UN MONOPOLIO DI VENDITA AL DETTAGLIO DEI MEDICINALI CONTRASTA CON LA NORMATIVA COMUNITARIA RELATIVA ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

Corte di giustizia

Sentenza del 31 maggio 2005 in causa n. C-438/02

Procedimento penale nei confronti di Krister Hanner

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 28 CE, 31 CE, 43 CE e 86, n. 2, CE - Immissione in commercio di medicinali - Stabilimento dei dettaglianti - Monopolio nazionale di vendita al dettaglio dei medicinali - Impresa incaricata della gestione di un servizio d'interesse economico generale - Discriminazione - Contrasto con la normativa comunitaria.

L'art. 31, n. 1, CE osta a un sistema che prevede un diritto esclusivo di vendita al dettaglio riordinato secondo modalità quali quelle che caratteriz-

ziano il regime controverso nella causa principale (nella causa principale, il regime di vendita controverso non prevede né un piano di acquisto né un sistema di «gare d'appalti», nel cui ambito i produttori dei prodotti non selezionati abbiano il diritto di conoscere i motivi della decisione di selezione; essa non prevede neanche la possibilità di contestare tale decisione dinanzi ad un organismo di controllo indipendente, al contrario, secondo la detta convenzione, la Apoteket sembra avere, in linea di principio, piena libertà di selezionare un assortimento di sua scelta)¹.

¹ Il Tribunale di primo grado di Stoccolma ha sottoposto alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali relative alla legittimità del monopolio della vendita al dettaglio dei medicinali in Svezia. Tali questioni sono sorte nell'ambito di un procedimento penale a carico del signor Hanner, in qualità di direttore generale della società svedese Bringwell International AB, accusato di aver venduto alcuni medicinali in violazione della normativa svedese che riserva la vendita di questi prodotti allo Stato o a un organo da questo designato.

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata pone essenzialmente la questione se un diritto esclusivo di vendita al dettaglio previsto dal monopolio statale per la vendita di farmaci, possa essere considerato compatibile con l'art. 31 CE sul riordinamento dei monopoli commerciali e se il mantenimento di un tale diritto esclusivo possa essere giustificato sulla base delle disposizioni derogatorie del Trattato e, in particolare, dell'art. 86, n. 2, CE relativo alla concorrenza.

La normativa svedese in questione prevede che il commercio al dettaglio di medicinali, con o senza ricetta, possa essere esercitato solo dallo Stato o dalle persone giuridiche controllate dallo Stato stesso. È prevista una deroga a tale disposizione per quanto riguarda la vendita al dettaglio di determinati farmaci a ospedali, medici e veterinari. Tali vendite possono, infatti, essere effettuate da altri operatori, purché siano titolari di un'autorizzazione di commercio all'ingrosso.

Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 31, n. 1, CE contrasti con un sistema che prevede un diritto esclusivo di vendita al dettaglio che, disciplinando una procedura di selezione basata su previsioni della domanda, renda estremamente difficoltosa l'introduzione di nuovi farmaci, senza ricetta, nei magazzini e sugli scaffali delle farmacie e degli agenti farmaceutici.

Anche la Commissione europea, a sostegno della tesi del ricorrente, osserva come il regime di vendita controverso possa svantaggiare il commercio di medicinali provenienti da altri Stati membri rispetto a quello dei medicinali nazionali ed è quindi potenzialmente discriminatorio. Inoltre, la procedura di selezione dei medicinali senza ricetta non sarebbe trasparente e sarebbe sprovvista di un controllo indipendente. La rete di vendita sarebbe costituita da agenti farmaceutici, il cui numero e ubicazione non sarebbero sottoposti a criteri di obiettività.

In sentenza, la Corte analizza *in primis* l'art. 31, n. 1, 1° comma CE, che si applica ai monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale. Ai sensi dell'art. 31, n. 1, 2° comma CE, la disposizione si applicherebbe a qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, *de jure* o *de facto*, controlla, dirige o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri.

Secondo la Corte, il regime di vendita controverso costituisce un monopolio nazionale che presenta un carattere commerciale ai sensi dell'art. 31, n. 1, CE. La Apoteket (una società per azioni di diritto svedese a cui è affidato il commercio al dettaglio dei farmaci) esercita, infatti, un'attività commerciale, ossia la vendita al dettaglio dei medicinali, che le è riservata in via esclusiva dalla legge svedese sul commercio dei medicinali.

Ai sensi di una giurisprudenza costante della Corte, l'art. 31, n. 1 CE prevede il riordino dei monopoli (cfr., le sentenze del 3 febbraio 1976 in causa n. 59/75, *Manghera e a.*, in *Raccolta*, 1976, p. 91; del 13 marzo 1979 in causa n. 91/78, *Hansen*, in *Raccolta*, 1979, p. 935 e in questa *Rivista*, 1979, p. 690 con commento di G. RASTRELLI, *Art. 37, par. 1 del Trattato Cee: una "lex specialis" nei confronti delle altre norme del Trattato*, p. 697 ss.; del

7 giugno 1983 in causa n. 78/82, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1983, p. 1955; del 14 dicembre 1995 in causa n. C-387/93, *Banchemo*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4663 e del 23 ottobre 1997 in causa n. C-189/95, *Franzen*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 5909).

La Corte osserva come non possano ammettersi monopoli riordinati in maniera tale che lo scambio di merci di provenienza dagli altri Stati membri possa essere svantaggiato rispetto a quello delle merci nazionali.

Il regime di vendita per cui si discute nella causa principale è caratterizzato da una convenzione che non garantisce l'esclusione di qualsiasi discriminazione e non può essere giustificato ex art. 31 CE. Esso, infatti, non prevede né un piano di acquisto, né un sistema di gare d'appalti e neppure la possibilità di contestare la decisione di selezione dinanzi ad un organismo di controllo indipendente; addirittura la Apoteket sembra avere, in linea di principio, piena libertà di selezionare un vasta gamma di prodotti secondo il proprio gradimento. Di conseguenza, la procedura di selezione dei medicinali determina uno svantaggio per il commercio di medicinali di provenienza da altri Stati membri rispetto al commercio dei farmaci svedesi.

IL GIUDICE NAZIONALE È SEMPRE TENUTO A RISPETTARE GLI OBBLIGHI DERIVANTI DALLA DIRETTIVA N. 89/665/CEE SUGLI APPALTI PUBBLICI

Corte di giustizia

Sentenza del 2 giugno 2005 in causa n. C-15/04

Koppensteiner GmbH c. Bundesimmobiliengesellschaft mbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Appalti pubblici - Direttiva 89/665/Cee - Procedimento di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - Decisione di revoca di un bando di gara dopo l'apertura delle offerte - Sindacato giurisdizionale - Portata - Principio di effettività.

Il giudice competente è tenuto a lasciare inapplicate le norme nazionali che gli impediscono di rispettare l'obbligo derivante dagli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. b., della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi¹.

¹ Il giudice nazionale, nell'esercizio della propria attività giurisdizionale, è tenuto a rispettare le disposizioni degli artt. 1, n. 1 e 2, n. 1 della direttiva n. 89/665/Cee relativa alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (in *Guce* n. L 395 del 1989, p. 33), come modificata dalla direttiva n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (in *Guce* n. L 209 del 1992, p. 1).

È quanto ha statuito la Corte di giustizia nella sentenza sopra massimata risolvendo la questione giuridica se sia possibile sottoporre a ricorso la revoca di una procedura di aggiudicazione.

Si ricorda che l'art. 1, n. 1, della direttiva n. 89/665/Cee prevede che «gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive n. 71/305/Cee, n. 77/62/Cee e n. 92/50/Cee (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'art. 2, par. 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono». Ai sensi dell'art. 2, nn. 1, della medesima direttiva: «gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'art. 1 prevedano i poteri che permettano di: *a.* prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti (...); *b.* annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione; *c.* accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione».

Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice austriaco sono sorte nell'ambito di una controversia tra la società Koppensteiner GmbH e la società Bundesimmobiliengesellschaft mbH (di seguito: «BIG»), relativamente alla decisione adottata da quest'ultima di revocare un bando per l'appalto di servizi dopo la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

Con la prima questione pregiudiziale è stato chiesto alla Corte se le disposizioni contenute nella direttiva n. 89/665/Cee siano incondizionate e sufficientemente precise in modo che un singolo, nel caso di revoca del bando di gara dopo l'apertura delle offerte, possa direttamente farle valere dinanzi al giudice nazionale e possa legittimamente proporre al riguardo una procedura di ricorso.

Con la seconda questione pregiudiziale, la Corte è stata invitata a chiarire se la normativa comunitaria in questione debba essere interpretata nel senso che gli Stati membri siano obbligati a far sottoporre ad una procedura di ricorso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di voler revocare il bando di gara.

Innanzitutto la Corte richiama la sentenza *HI* del 18 giugno 2002 (in causa n. C-92/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5553) nella quale ha statuito che gli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 89/665/Cee impongono che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara per un appalto pubblico di servizi possa costituire oggetto di ricorso e costituire oggetto di annullamento in quanto contraria al diritto comunitario in materia di appalti pubblici o alle norme nazionali che recepiscono tale diritto.

Una normativa nazionale, – nel caso di specie: la legge federale sulle procedure di aggiudicazione –, secondo la quale un concorrente non può contestare una decisione di revoca di un bando di gara contraria al diritto comunitario chiedendone in conseguenza di ciò l'annullamento, contrasta con la normativa comunitaria.

A parere della Corte, ciascun Stato membro deve nominare propri organi responsabili delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici per risolvere le controversie relative al riconoscimento dei diritti individuali derivanti dall'ordinamento giuridico comunitario (cfr. le sentenze del 24 settembre 1998 in causa n. C-76/97, *Tögel*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5357 e del 28 ottobre 1999 in causa n. C-81/98, *Alcatel Austria e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7671 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 615).

La normativa controversa che esclude sia l'esame, che l'annullamento nell'ambito di un ricorso dinanzi al *Bundesvergabeamt* (l'Ufficio federale per le procedure di aggiudicazione) delle decisioni di revoca del bando di gara dopo l'apertura delle offerte in un procedimento di aggiudicazione già avviato, non può essere compatibile con la normativa comunitaria, in considerazione anche del fatto che le disposizioni della direttiva n. 89/665/Cee sono incondizionate e sufficientemente precise per fondare un diritto a favore di un individuo che quest'ultimo può eventualmente far valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice come la BIG.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA NOZIONE DI SERVIZIO DI TRASMISSIONE TELEVISIVA RICOMPRENDOVI ANCHE I SERVIZI «PAY PER VIEW»

Corte di giustizia

Sentenza del 2 giugno 2005 in causa n. C-89/04

Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/552/Cee - Art. 1, lett. a. - Servizi di trasmissione televisiva - Ambito di applicazione - Direttiva n. 98/34/Ce - Art. 1, punto 2 - Servizi della società dell'informazione - Ambito di applicazione - Nozione di «trasmissione televisiva» - Nozione di «servizio della società dell'informazione» - Distinzione - Servizio di *near-video-on-demand* - Qualificazione.

La nozione di «trasmissione televisiva» di cui all'art. 1, lett. a., della direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989, n. 89/552/Cee, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, n. 97/36/Ce è definita in modo autonomo da tale disposizione. Essa non è definita in contrapposizione alla nozione di «servizio della società dell'informazione» ai sensi dell'art. 1, punto 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, n. 98/34/Ce, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998, n. 98/48/Ce, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e quindi non include necessariamente i servizi estranei a quest'ultima nozione¹.

Un servizio rientra nella nozione di «trasmissione televisiva», ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva n. 89/552/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce, se consiste nella trasmissione di programmi televisivi destinati al pubblico, ossia a un numero indeterminato di potenziali telespettatori, ai quali sono simultaneamente trasmesse le medesime immagini. La tecnica di trasmissione delle immagini non rappresenta un elemento determinante nell'ambito di tale valutazione².

Un servizio come il «Filmtime», consistente nel trasmettere programmi televisivi destinati al pubblico e non fornito su richiesta individuale di un destinatario di servizi, costituisce un servizio di trasmissione televisiva, ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva n. 89/552/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce. Il punto di vista del prestatore di servizio deve essere privilegiato nell'ambito dell'analisi della nozione di «servizio di trasmissione televisiva». Invece, la situazione dei servizi concorrenti del servizio di cui trat-

*tasi non influisce su detta valutazione*³.

*Le condizioni alle quali il prestatore di un servizio come il servizio «Filmtime» adempie l'obbligo, previsto all'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/552/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce, di riservare alle opere europee la maggior parte del suo tempo di trasmissione non esercitano alcuna incidenza sulla qualificazione del suddetto servizio come servizio di trasmissione televisiva*⁴.

¹⁻⁴ L'offerta da parte di un'emittente di film che vengano diffusi su una rete ad orari pre-stabiliti e in forma codificata e che possano essere visti dai clienti tramite una particolare chiave di decodificazione previo pagamento di un corrispettivo costituisce una «trasmissione televisiva» ai sensi della direttiva n. 89/552/Cee (in *Guce* n. L 298 del 1989, p. 23; come modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce), ovvero un «servizio della società dell'informazione» ai sensi della direttiva n. 98/34/Ce (in *Guce* n. L 204 del 1998, p. 37; come modificata dalla direttiva n. 98/48/Ce)?

A questo interrogativo ha risposto la Corte di giustizia nelle tre questioni pregiudiziali sottoposte dal Consiglio di Stato olandese, nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la società olandese Meidakabel e, dall'altro, il Commissariaat voor de Media, l'Istituto incaricato della vigilanza sul settore radiotelevisivo, relativamente ad una decisione presa da quest'ultimo in base alla quale ha ritenuto che il servizio «Filmtime», proposto dalla Mediakabel ai suoi clienti, fosse un servizio di trasmissione televisiva soggetto alla procedura di autorizzazione applicabile a tali servizi nei Paesi Bassi.

Si osserva che la Meidakabel offre ai propri abbonati, il servizio «Mr. Zap» mediante un abbonamento mensile. Con esso i soggetti ricevono, grazie a un decodificatore e a una carta elettronica, determinati programmi televisivi a integrazione di quelli trasmessi dal fornitore della rete. La Mediakabel offre, altresì, ai propri abbonati al servizio «Mr. Zap» l'accesso a pagamento («pay per view») a programmi supplementari nell'ambito di un servizio denominato «Filmtime».

Un abbonato a «Mr. Zap» che intenda ordinare un film presente nel catalogo «Filmtime», deve presentare un'apposita richiesta mediante il proprio telecomando oppure telefonicamente e, previa identificazione con un codice personale e previo pagamento, riceve una chiave individuale che gli consente di vedere, agli orari indicati sullo schermo televisivo o nella guida relativa ai programmi, i film che vengono offerti mensilmente.

Con propria decisione del 15 marzo 2001, l'Istituto incaricato della vigilanza sul settore radiotelevisivo informava la Mediakabel che il servizio «Filmtime» costituiva un programma a diffusione speciale ai sensi dell'art. 1 della legge sui *media*, per il quale, pertanto, doveva essere presentata una domanda scritta di autorizzazione conformemente all'art. 71a, n. 1, della medesima legge. Secondo la Mediakabel, il servizio in questione non costituisce un servizio di trasmissione televisiva come sostenuto dall'Istituto per la vigilanza sul settore radiotelevisivo, ma un servizio interattivo fornito su richiesta dei soggetti richiedenti e rientrerebbe, di conseguenza, nella categoria dei servizi della società dell'informazione e non sarebbe soggetto ai controlli del Commissariaat voor de Media.

Il Consiglio di Stato olandese, investito della controversia, decideva così di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se i servizi *near-video-on-demand* (quando la stessa trasmissione viene ripetuta a intervalli di tempo molto ravvicinati tra loro; per esempio, un film viene messo in onda ogni mezz'ora nel corso della stessa serata) debbano rientrare nella nozione di «trasmissione televisiva» o di servizio della «società dell'informazione» (cfr., altresì, sul punto, le conclusioni dell'Avvocato Generale A. Tizzano presentate in data 10 marzo 2005).

La Corte di giustizia precisa innanzitutto la nozione di «trasmissione televisiva» ai sensi dell'art. 1, lett. *a*, della direttiva n. 89/552/Ce qualificandola come la trasmissione di programmi televisivi destinati al pubblico, ossia a un numero indeterminato di potenziali telespettatori, ai quali vengono in contemporanea trasmesse le medesime immagini. Da tale nozione sono esclusi i servizi di comunicazione forniti su richiesta individuale. La Corte precisa, pertanto, che un servizio di televisione a pagamento come il «Filmtime», anche accessi-

bile a un ristretto numero di abbonati, ma riguardante solo programmi scelti dall'emittente e trasmessi in determinati orari da quest'ultima, non può essere considerato come fornito su richiesta individuale e rientra nella nozione di trasmissione televisiva. La particolarità che le immagini siano accessibili semplicemente grazie ad un codice personale è assolutamente secondario per il fatto che gli abbonati ricevono le medesime trasmissioni nello stesso momento.

La Corte precisa che la nozione di «near-video on-demand» non è estranea al diritto comunitario: tale nozione, infatti, è ripresa nell'elenco di cui all'allegato V della direttiva n. 98/34/Ce, tra i servizi di radiodiffusione televisiva. Anche nella relazione esplicativa della Convenzione europea del 5 maggio 1989 sulla televisione transfrontaliera il «near-video on-demand» non è considerato un «servizio di comunicazione operante su richiesta individuale» (cfr. sentenze del 12 dicembre 1996 in cause riunite n. C-320/94, n. C-328/94, n. C-329/94 e da n. C-337/94 a n. C-339/94, *RTL e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6471, in questa *Rivista*, 1997, p. 367 con commento di E. BRAMBILLA, *Pubblicità televisiva e direttiva n. 89/552: telepromozioni, televendite e sponsorizzazioni nell'interpretazione della Corte di giustizia*, p. 377 ss. e del 23 ottobre 2003 in causa n. C-245/01, *RTL Television*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12489, e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 60).

Il criterio determinante per la nozione di «servizio di trasmissione televisiva» è, pertanto, quello della trasmissione di programmi televisivi «destinati al pubblico». Il punto di vista del prestatore di servizio deve di conseguenza essere privilegiato nell'ambito dell'analisi.

Infine, la difficoltà a cui può andare incontro il prestatore di un servizio come il «Filmtime» nel rispettare l'obbligo previsto all'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/552/Cee di riservare a opere europee una determinata percentuale delle ore di trasmissione non può escludere che tale servizio sia qualificabile come un servizio di trasmissione televisiva.

Innanzitutto, l'ambito di applicazione di una disciplina non può dipendere da eventuali conseguenze pregiudizievoli di quest'ultima per gli operatori economici ai quali il legislatore comunitario ha inteso che essa si applichi. In secondo luogo, il prestatore di un servizio come il servizio «Filmtime» non ha serie difficoltà a rispettare l'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/552/Cee in quanto tale disposizione fissa una determinata percentuale relativa alle opere europee da includere nel tempo di «trasmissione» dell'ente radiotelevisivo interessato, ma non può essere finalizzata a imporre ai telespettatori di guardare effettivamente dette opere.

La Corte osserva, inoltre, che la Mediakabel non stabilisce le opere che vengono effettivamente selezionate e visionate dagli abbonati, ma opera comunque il controllo sulle opere mandate in onda. L'elenco offerto agli abbonati del servizio mette i fruitori del servizio stesso nella condizione di scegliere se decriptare o meno le immagini così trasmesse: il prestatore è così in grado di conoscere il tempo complessivo di trasmissione ed è quindi nella condizione di poter rispettare l'obbligo che gli è stato conferito di riservare alle opere europee la maggior parte del tempo di trasmissione ai sensi dell'art. 4, n. 1 della direttiva n. 89/552/Cee.

In conseguenza di ciò, il giudice nazionale è tenuto così a disapplicare le norme nazionali che impediscono di rispettare le disposizioni comunitarie contenute nella direttiva n. 89/665/Cee.

**È INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO COMUNITARIO
LA NORMATIVA ITALIANA CHE SOSPENDE I DIRITTI DI VOTO
RELATIVI A PARTECIPAZIONI SUPERIORI AL 2%
DEL CAPITALE SOCIALE DELLE IMPRESE OPERANTI
NEI SETTORI DELL'ELETTRICITÀ E DEL GAS**

Corte di giustizia

Sentenza del 2 giugno 2005 in causa n. C-174/04

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato - Art. 56 CE - Libera circolazione dei capitali - Normativa italiana: d.l. del 25 maggio 2001, n. 192 - Sospensione automatica dei diritti di voto in imprese privatizzate - Partecipazioni in società privatizzate operanti nei settori dell'elettricità e del gas - Restrizioni del diritto di voto in caso di acquisto di partecipazioni da parte di imprese controllate da uno Stato - Sussistenza.

Mantenendo in vigore il d.l. n. 192 del 25 maggio 2001, convertito in legge del 20 luglio 2001, n. 301, recante «Disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi pubblici», che dispone la sospensione automatica dei diritti di voto relativi a partecipazioni superiori al 2% del capitale sociale di imprese operanti nei settori dell'elettricità e del gas, quando tali partecipazioni sono acquisite da imprese pubbliche non quotate in mercati finanziari regolamentati e titolari di una posizione dominante nel proprio mercato nazionale, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi dell'art. 56 del Trattato CE¹.

¹ Le questioni giuridiche sollevate nel procedimento oggetto della sentenza, sopra massimata, sono strettamente collegate con la problematica delle cosiddette *golden shares*, che la Corte ha già affrontato, anche di recente (cfr. le sentenze del 4 giugno 2002 in cause n. C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4731; n. C-483/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4781 e n. C-503/99, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4809, nonché del 13 maggio 2003 in cause n. C-463/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4581 e n. C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4641).

La Commissione delle Comunità europee contesta alla Repubblica italiana di aver violato le disposizioni comunitarie relative alla libera circolazione dei capitali. L'art. 56, n. 1, CE attua la libera circolazione dei capitali: sono quindi vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi.

La normativa italiana controversa è stata adottata nell'ambito della liberalizzazione delle società operanti nei settori dell'elettricità e del gas ed è il d.l. del 25 maggio 2001, n. 192 (in *Guri* n. 120 del 25 maggio 2001, p. 4), convertito in l. del 20 luglio 2001, n. 301, recante «*Disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi pubblici*» (in *Guri* n. 170 del 24 luglio 2001, p. 4).

Secondo tale normativa nazionale, i diritti di voto di coloro che acquisiscono partecipazioni nel capitale delle imprese privatizzate sono soggetti ad un limite massimo del 2%, qualora gli acquirenti siano a loro volta controllati da uno Stato, siano titolari nel proprio mercato nazionale di una posizione dominante e non quotati in borsa (art. 1, 1° e 2° comma, del d.l. n. 192/2001).

La Commissione, ritenendo che il d.l. in questione fosse incompatibile con l'art. 56 del Trattato Ce ha avviato la procedura di cui agli artt. 226 CE. A giudizio della Commissione, infatti, l'incompatibilità di tale normativa deriva dal fatto che essa dispone, per le imprese operanti nei settori dell'elettricità e del gas, la sospensione dei diritti di voto inerenti a partecipazioni superiori al 2% quando tali partecipazioni sono acquisite da imprese pubbliche. In tal modo, si introduce un trattamento differenziato e restrittivo degli investimenti effettuati da una particolare categoria di investitori ed ostacola, quindi, la libera circolazione dei capitali all'interno della Comunità.

La normativa controversa dissuaderebbe ogni impresa pubblica di un altro Stato membro potenzialmente interessata dall'acquisire partecipazioni nelle società operanti nei settori

dell'elettricità e del gas, per l'impossibilità di partecipare in maniera efficace alle decisioni di tali società e di esercitare un'influenza sulla loro gestione.

Si è trattato dunque di stabilire se il d.l. n. 192/2001 costituisca una restrizione ai movimenti di capitale tra Stati membri.

A parere della Corte di giustizia, la sospensione dei diritti di voto, prevista nel decreto in questione, che esclude per la categoria di imprese pubbliche, cui si riferisce tale misura, un'effettiva partecipazione alla gestione e al controllo delle imprese italiane operanti nei mercati dell'elettricità e del gas, costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali, anche se coinvolge solamente le imprese pubbliche titolari nel loro mercato di una posizione dominante.

La Corte di giustizia ha, altresì, verificato se la libera circolazione dei capitali potesse essere giustificata o ex art. 58, n. 1 CE, o da motivi imperativi di interesse pubblico. Infatti, per essere giustificata, la normativa nazionale deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo, al fine di soddisfare il criterio di proporzionalità (cfr. sentenze *Commissione c. Belgio*, cit. *supra* e del 7 settembre 2004 in causa n. C-319/02, *Manninen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7498).

Le motivazioni presentate dal Governo italiano al riguardo a sostegno della propria tesi, ossia l'interesse al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato in questione (il d.l. consentirebbe di evitare che il mercato italiano sia oggetto di attacchi anticoncorrenziali da parte di soggetti pubblici operanti nello stesso settore in altri Stati membri e avvantaggiati da una normativa nazionale che li aveva mantenuti in una posizione di privilegio) non appaiono sufficienti, secondo la Corte di giustizia, a giustificare una restrizione nella circolazione dei capitali all'interno del mercato unito.

LA CORTE INTERPRETA IL REGOLAMENTO N. 1408/71 E PRECISA NUOVAMENTE LA NOZIONE DI LAVORATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 7 giugno 2005 in causa n. C-543/03

Christine Dodl, Petra Oberhollenzer c. Tiroler Gebietskrankenkasse

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamenti Cee n. 1408/71 e n. 574/72 - Interpretazione del combinato disposto dell'art. 73 e dell'art. 13 del regolamento n. 1408/1971 - Prestazioni familiari - Sussidio per l'educazione - Diritto a prestazioni di ugual natura nello Stato membro di occupazione e nello Stato membro di residenza - Nozione di lavoratore.

Una persona possiede la qualità di «lavoratore» ai sensi del regolamento del Consiglio Cee del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato e aggiornato dal regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 1386, quando è assicurata, sia pure contro un solo rischio, in forza di

un'assicurazione obbligatoria o facoltativa, presso un regime previdenziale generale o speciale, menzionato all'art. 1, lett. a., del medesimo regolamento, e ciò indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro. Spetta al giudice nazionale procedere agli accertamenti necessari per determinare se, durante i periodi per i quali sono stati richiesti i sussidi di cui trattasi, le ricorrenti nella causa principale erano affiliate ad un regime previdenziale austriaco e rientravano, perciò, fra i «lavoratori subordinati» di cui al detto art. 1, lett. a.¹.

Quando la legislazione dello Stato membro di occupazione e quella dello Stato membro di residenza di un lavoratore subordinato riconoscono ciascuna a quest'ultimo, per lo stesso membro della famiglia e per lo stesso periodo, diritti a prestazioni familiari, competente a versare tali prestazioni è, in linea di principio, ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. a., del regolamento Cee del Consiglio del 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento [n. 1408/71], come modificato e aggiornato dal regolamento Ce della Commissione del 27 febbraio 2002, n. 410, lo Stato membro di occupazione².

Tuttavia, quando la persona che alleva i bambini, in particolare il coniuge o il compagno di tale lavoratore, esercita un'attività lavorativa nello Stato membro di residenza, le prestazioni familiari devono essere versate, in applicazione dell'art. 10, n. 1, lett. b., i, del regolamento Cee n. 574/72, come modificato dal regolamento n. 410/2002, da quest'ultimo Stato, qualunque sia la persona che la sua legislazione designi come beneficiario diretto di tali prestazioni. In tale ipotesi il versamento delle prestazioni familiari da parte dello Stato di occupazione è sospeso fino a concorrenza dell'importo delle prestazioni familiari previsto dalla legislazione dello Stato membro di residenza³.

¹⁻³ La sentenza sopra massimata ha avuto per oggetto l'interpretazione dei regolamenti Cee n. 1408/71 (in *Guce* n. L 187 del 1971, p. 1) e n. 574/72 (in *Guce* n. L 74 del 1971, p. 1) relativamente al conflitto venutosi a determinare per l'erogazione di contributi familiari tra lo Stato membro di occupazione e lo Stato membro di residenza.

Nel caso di specie, le signore Dodl e Oberhollenzer, cittadine austriache, prestavano un'attività lavorativa subordinata in uno Stato membro (l'Austria), ma risiedevano, rispettivamente, con il proprio coniuge e con il compagno e con i figli, in un altro Stato membro (la Germania) dove il coniuge e il compagno svolgevano un'attività lavorativa subordinata.

Dopo la nascita dei loro figli, le ricorrenti prendevano un congedo parentale non retribuito e il loro rapporto di lavoro veniva sospeso. I loro compagni percepivano in Germania gli assegni familiari, ma beneficiavano del sussidio federale per l'educazione, da parte del Governo tedesco, in quanto lavoratori dipendenti a tempo pieno.

Essendo state respinte le domande presentate al fine di ottenere il sussidio federale per l'educazione, sia in Austria che in Germania, le ricorrenti adivano le autorità giurisdizionali austriache e l'*Oberlandesgericht Innsbruck* decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire, da un lato, se le ricorrenti avessero perso la loro qualità di lavoratori subordinati ai sensi del regolamento Cee n. 1408/71 a causa della sospensione del loro rapporto di lavoro e, dall'altro lato, quale fosse lo Stato membro competente a versare i contributi familiari di cui si discute nella causa principale.

Innanzitutto la Corte precisa che un soggetto possiede la qualità di lavoratore subordina-

to ai sensi della normativa comunitaria quando è assicurato, in forza di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa, presso un regime previdenziale generale o speciale, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro (cfr. sentenza del 12 maggio 1998 in causa n. C-85/96, *Martínez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691 e annotata in questa *Rivista*, 1998, 628). Non è tanto la tipologia del rapporto di lavoro a determinare se a un soggetto continui ad applicarsi il regolamento Cee n. 1408/71, quanto invece l'esistenza di un regime di copertura previdenziale. Il fatto che il lavoratore abbia avuto la sospensione dei principali obblighi del rapporto di lavoro per un certo periodo di tempo, non può privare il lavoratore della qualità di lavoratore dipendente. È compito del giudice nazionale accertare se, nel caso di specie, le ricorrenti durante il periodo per il quale richiedevano il sussidio avessero una copertura previdenziale.

In secondo luogo, la Corte precisa la portata dell'art. 73 del regolamento Cee n. 1408/71 ai sensi del quale: «Il lavoratore subordinato o autonomo soggetto alla legislazione di uno Stato membro ha diritto, per i familiari residenti nel territorio di un altro Stato membro, alle prestazioni familiari previste dalla legislazione del primo Stato, come se risiedessero nel territorio di questo (...)».

La disposizione in questione ha lo scopo di evitare che uno Stato membro possa subordinare la concessione o l'importo di contributi familiari alla residenza dei familiari del lavoratore nello Stato membro che li eroga, al fine di non dissuadere il lavoratore comunitario dall'esercitare il diritto alla libera circolazione (cfr., sentenze del 10 ottobre 1996 in cause riunite n. C-245/94 e n. C-312/94, *Hoever e Zachow*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4895 e del 9 dicembre 1992 in causa n. C-119/91, *McMenamin*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6393).

Nel caso di specie, si è verificato che la nascita del bambino ha fatto sorgere diritti ai contributi familiari in Austria e in Germania nello stesso tempo: in Austria, il diritto al sussidio per l'educazione nasce in capo alla madre, in quanto lavoratrice subordinata in tale Stato, in conformità all'art. 73 del regolamento Cee n. 1408/71. In Germania, ai sensi della legislazione nazionale, il diritto è sorto in capo al genitore che ivi risiede con il bambino.

Tale situazione deve per forza essere analizzata confrontando le norme anticumulo contenute nei regolamenti comunitari n. 1408/71 e n. 574/72 sopra citati. L'esercizio, da parte di una persona che si faccia carico dell'educazione dei figli, di un'attività lavorativa nello Stato membro di residenza dei figli, sospende, ai sensi dell'art. 10 del regolamento Cee n. 574/72, il diritto agli assegni previsti, fino a concorrenza dell'importo degli assegni della stessa natura effettivamente corrisposti dallo Stato membro di residenza.

Nel caso di specie, è la Germania che deve erogare i contributi familiari controversi in quanto è in tale Stato che, rispettivamente, il coniuge e il compagno delle ricorrenti esercitano un'attività lavorativa.

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che non è necessario che l'attività lavorativa sia esercitata dall'avente diritto personalmente ai contributi: è sufficiente che il diritto ai sussidi nello Stato in questione spetti ad uno dei genitori e, nel caso di specie, spetta alla madre.

CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO LA CLAUSOLA ASSICURATIVA CHE NON RICONOSCE O CHE LIMITA IN MISURA SPROPORZIONATA IL RISARCIMENTO DEL DANNO A FAVORE DEL PASSEGGERO CORRESPONSABILE

Corte di giustizia

Sentenza del 30 giugno 2005 in causa n. C-537/03

Katja Candolin e a. c. Vahinkovakuutusosakeyhtiö Pohjola e Jarno Ruokoranta

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Assicurazione obbligatoria di responsabilità civile degli autoveicoli - Direttive n. 84/5/Cee e n. 90/232/Cee - Regime di responsabilità civile - Corresponsabilità del passeggero nella causazione del danno - Diniego o limitazione del diritto al risarcimento - Contrasto.

In circostanze come quelle della causa principale, l'art. 2, n. 1, della seconda direttiva del Consiglio del 30 dicembre 1983, n. 84/5/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e l'art. 1 della terza direttiva del Consiglio del 14 maggio 1990, n. 90/232/Cee, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, ostano ad una normativa nazionale che consenta di negare ovvero di limitare in misura sproporzionata, in considerazione della corresponsabilità del passeggero nella causazione del danno subito, il risarcimento a carico dell'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli. Il fatto che il passeggero interessato sia proprietario del veicolo il conducente del quale ha causato l'incidente è irrilevante¹.

¹ La Corte di cassazione finlandese ha sottoposto alla Corte di giustizia Ce alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione delle seguenti direttive: la n. 72/166/Cee (in *Guce* n. L 103 del 1972, p. 1), la n. 84/5/Cee (in *Guce* 1984 n. L 8 del 1984, p. 17) e la n. 90/232/Cee (in *Guce* n. L 129 del 1990, p. 33), tutte relative al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli.

Il giudice del rinvio in sostanza chiedeva alla Corte di chiarire se un passeggero che abbia subito un danno e che sia a conoscenza del fatto che il conducente dell'autoveicolo al momento dell'incidente guidava sotto l'effetto dell'alcol, potesse essere escluso anche in forma totale, ai sensi della normativa nazionale, dalla tutela giuridica a lui riconosciuta dalle direttive comunitarie concernenti l'assicurazione della responsabilità civile in materia di autoveicoli.

Nel 1997, la signora T. Candolin, madre di K. Candolin, nonché i signori Viljaniemi e Paananen viaggiavano a bordo dell'auto di quest'ultimo, guidata dal signor Ruokoranta. In seguito al verificarsi di un incidente automobilistico, la signora T. Candolin perdeva la vita e gli altri passeggeri riportavano gravi ferite. Sia il conducente che tutti gli altri passeggeri erano in stato di ebbrezza.

Il sig. Ruokoranta veniva condannato in primo grado ad una pena detentiva, oltre al risarcimento dei danni a favore della signora K. Candolin nonché dei signori Viljaniemi e Paananen. Il giudice nazionale adito, ritenendo che i passeggeri avrebbero dovuto rendersi conto dello stato di ebbrezza del conducente, statuiva che nessuno di loro aveva diritto ad un risarcimento da parte della compagnia di assicurazione ai sensi dell'art. 7, n. 3, della legge finlandese sull'assicurazione degli autoveicoli, come modificata dalla legge n. 656/1994. Tale disposizione prevede, infatti, che: «Allorché qualcuno abbia cagionato un danno a se stesso alla guida di un autoveicolo, nel caso in cui il tasso alcolico del sangue, al momento della guida o immediatamente dopo, fosse pari quantomeno all'1,2 per mille, ovvero il tasso di alcol per litro di aria espirata fosse pari quantomeno a 0,60 milligrammi, ovvero abbia provocato in altro modo un danno alla guida di un autoveicolo sotto l'effetto dell'alcol o di un'altra sostanza inebriante, ovvero sotto l'effetto congiunto dell'alcol e di un'altra sostanza

inebriante, cosicché fosse sensibilmente ridotta la sua capacità di agire senza errori, l'assicuratore dell'autoveicolo è tenuto a risarcire il danno solo nella misura in cui sussista a tal fine un motivo specifico. Quanto sopra stabilito con riguardo al diritto del conducente al risarcimento vale anche per il passeggero che si trovava a bordo dell'auto al verificarsi del danno, pur conoscendo o dovendo conoscere lo stato del conducente».

In seguito all'esaurimento di tutti i gradi di giudizio, la Corte suprema finlandese decideva di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se l'art. 2, n. 1, 2° comma, della direttiva n. 84/5/Cee e l'art. 1 della direttiva n. 90/232/Cee contrastino con una normativa nazionale che consenta di negare ovvero di limitare, in considerazione della corresponsabilità del passeggero nella causazione del danno subito, il risarcimento a carico dell'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli. Ed inoltre, se la decisione potesse essere differente nell'ipotesi in cui il passeggero interessato fosse anche il proprietario del veicolo.

Innanzitutto la Corte di giustizia ha osservato che le direttive n. 84/5/Cee e n. 90/232/Cee in questione sono dirette a garantire sia la libera circolazione degli autoveicoli nel territorio della Comunità, sia delle persone che si trovano a bordo degli stessi. Inoltre, tali direttive garantiscono alle vittime degli incidenti causati dai veicoli in questione un trattamento equivalente indipendentemente dal luogo della Comunità dove si è verificato il sinistro (cfr. sentenza del 28 marzo 1996 in causa n. C-129/94, *Ruiz Bernáldez*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1829). Ne consegue, a parere della Corte, che l'art. 3, n. 1 della direttiva n. 72/166/Cee impedisce all'assicuratore di avvalersi di disposizioni legali o di clausole contrattuali allo scopo di negare il risarcimento dei terzi vittime di un sinistro causato dalla vettura assicurata.

L'art. 2, n. 1, della direttiva n. 84/5/Cee, prevede alcuni motivi di esclusione della copertura considerati ammissibili, che valgono solo nell'ambito dei rapporti contrattuali tra l'assicurato e l'assicuratore, ma che non possono essere opposti a terzi vittime di un sinistro. Il 2° comma del n. 1 contiene tuttavia un'eccezione: qualora l'assicuratore possa provare che le persone, che di loro spontanea volontà hanno preso posto nel veicolo che ha causato il danno, fossero a conoscenza del fatto che il veicolo era rubato. In tal caso ciò può essere loro opposto dall'assicuratore. Con tale disposizione il legislatore comunitario ha voluto prevedere un'eccezione alla regola secondo cui qualsiasi disposizione legale o clausola contrattuale contenuta in una polizza di assicurazione non può essere opposta ai passeggeri e ai terzi vittime di un sinistro. Tale eccezione deve essere però interpretata in maniera restrittiva e ogni altra interpretazione permetterebbe agli Stati membri di limitare l'indennizzo dei passeggeri vittime di un incidente automobilistico a determinati tipi di danni determinando così una disparità di trattamento tra le vittime a seconda del luogo ove è avvenuto il sinistro, il che è proprio quanto le direttive intendono evitare.

Ne consegue che gli Stati membri devono esercitare le proprie competenze nel rispetto del diritto comunitario il cui obiettivo è quello di garantire che l'assicurazione obbligatoria per gli autoveicoli consenta obbligatoriamente a tutti i passeggeri vittime di un incidente causato dal veicolo di essere risarciti dei danni dai medesimi subiti.

Le disposizioni nazionali che disciplinano il risarcimento dei sinistri derivanti dalla circolazione dei veicoli, pertanto, non possono privare tali disposizioni del loro effetto utile. La Corte precisa che solamente in presenza di circostanze eccezionali può limitarsi il risarcimento. Tuttavia, nella valutazione circa l'esistenza di tali circostanze e del carattere di proporzionalità del limite al risarcimento, la cui competenza spetta al giudice nazionale, è assolutamente irrilevante il fatto che il passeggero interessato sia il proprietario del veicolo, il cui conducente abbia causato l'incidente. In sostanza, operando una completa equiparazione sotto il profilo giuridico del soggetto proprietario del veicolo che si trovava a bordo del medesimo, in qualità di passeggero, con quella di qualsiasi altro passeggero rimasto vittima nell'incidente, non possono trovare applicazione, nelle circostanze del caso in esame, le limitazioni contenute nella normativa finlandese.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LIMITI ALL'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEL DIRITTO *ANTITRUST* STATUNITENSE

Supreme Court of the United States
Opinion of June 14, 2004 in case No. 03-724*

F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran S.a. et al.

Concorrenza - Ambito d'applicazione territoriale del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* - Esclusione delle condotte anticoncorrenziali collegate al commercio con Stati stranieri diverso dalle importazioni - Eccezione relativa alle condotte con effetti diretti, sostanziali e ragionevolmente prevedibili sul commercio interno, sulle importazioni, o sulle esportazioni degli Stati Uniti - Applicabilità dell'eccezione al commercio interamente estero - Pratiche di fissazione dei prezzi che danneggiano significativamente i consumatori sia negli Stati Uniti sia all'estero - Effetti esteri indipendenti rispetto agli effetti interni - Domanda attorea avente ad oggetto soltanto gli effetti esteri - Diritto internazionale - Limiti all'applicazione extraterritoriale delle regole di concorrenza - «Cortesia prescrittiva» - Regola della «statutory construction».

La regola-eccezione prevista dal Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA), che in generale esclude dal campo di applicazione dello Sherman Act le condotte, collegate al commercio con Stati stranieri diverso dalle importazioni, aventi effetti diretti, sostanziali e ragionevolmente prevedibili sul commercio interno, sulle importazioni o sulle esportazioni degli Stati Uniti, non si applica soltanto alle condotte relative alle esportazioni statunitensi ma anche al commercio interamente estero.

* 542 U.S. 155, S.Ct. 2359 (2004). Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <http://www.supremecourtus.gov> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 495 ss., il commento di VICTOR CHIMIENI.

Quando una pratica di fissazione dei prezzi danneggia significativamente sia i consumatori stranieri sia i consumatori negli Stati Uniti, ma gli effetti negativi prodotti all'estero sono indipendenti rispetto a quelli avvertiti negli Stati Uniti, in quanto non rappresentano una conseguenza di questi ultimi, l'eccezione prevista dal FTAIA relativamente alle condotte che sorgono in connessione con il commercio estero diverso dalle importazioni, e pertanto lo Sherman Act, non trova applicazione se la domanda dell'attore ha unicamente ad oggetto gli effetti esteri.

L'espressione «give rise to a claim» non può leggersi come se si riferisse alla domanda che un soggetto diverso dall'attore in causa potrebbe avanzare in relazione agli effetti interni della condotta anticompetitiva. Quelle parole devono piuttosto essere intese nel senso di "plaintiff's claim" o "claim at issue"; di conseguenza, esse escludono che la domanda attorea possa chiedere la repressione degli effetti prodotti da detta condotta all'estero per il solo fatto che gli effetti interni legittimano la domanda ipotetica di qualcun altro.

La Corte Suprema interpreta, in genere, i testi normativi ambigui in modo da evitare irragionevoli interferenze nella sovranità di altri Stati. Tale regola di «statutory construction», che deriva dal principio di «cortesia prescrittiva», e quindi riflette principi di diritto internazionale consuetudinario, ammonisce i tribunali a presumere che all'atto di legiferare il legislatore americano tenga conto dei legittimi interessi sovrani di altri Stati, e contribuisce pertanto a far sì che le leggi di nazioni diverse, potenzialmente confliggenti, operino insieme in armonia.

(Omissis) In diritto

On writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

Justice Breyer delivered the opinion of the Court.

The Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (FTAIA) excludes from the Sherman Act's reach much anticompetitive conduct that causes only foreign injury. It does so by setting forth a general rule stating that the Sherman Act "shall not apply to conduct involving trade or commerce ... with foreign nations." 96 Stat. 1246, 15 U. S. C. §6a. It then creates exceptions to the general rule, applicable where (roughly speaking) that conduct significantly harms imports, domestic commerce, or American exporters.

We here focus upon anticompetitive price-fixing activity that is in significant part foreign, that causes some domestic antitrust injury, and that independently causes separate foreign injury. We ask two questions about the price-fixing conduct and the foreign injury that it causes. First, does that conduct fall within the FTAIA's general rule excluding the Sherman Act's application? That is to say, does the price-fixing activity constitute "conduct involving trade or commerce ... with foreign nations"? We conclude that it does.

Second, we ask whether the conduct nonetheless falls within a domestic-injury exception to the general rule, an exception that applies (and makes the Sherman Act nonetheless applicable) where the conduct (1) has a "direct, substantial, and reasonably foreseeable effect" on domestic commerce, and (2) "such effect gives rise to a [Sherman Act] claim." §§6a(1)(A), (2). We conclude that the exception does not apply where the plaintiff's claim rests solely on the independent foreign harm.

To clarify: The issue before us concerns (1) significant foreign anticompetitive conduct with (2) an adverse domestic effect and (3) an independent foreign effect giving rise to the claim. In more concrete terms, this case involves vitamin sellers around the world that agreed to fix prices, leading to higher vitamin prices in the United States and independently leading to higher vitamin prices in other countries such as Ecuador. We conclude that, in this scenario, a purchaser in the United States could bring a Sherman Act claim under the FTAIA based on domestic injury, but a purchaser in Ecuador could not bring a Sherman Act claim based on foreign harm.

I. The plaintiffs in this case originally filed a class-action suit on behalf of foreign and domestic purchasers of vitamins under, *inter alia*, §1 of the Sherman Act, 26 Stat. 209, as amended, 15 U. S. C. §1, and §§4 and 16 of the Clayton Act, 38 Stat. 731, 737, as amended, 15 U. S. C. §§15, 26. Their complaint alleged that petitioners, foreign and domestic vitamin manufacturers and distributors, had engaged in a price-fixing conspiracy, raising the price of vitamin products to customers in the United States and to customers in foreign countries.

As relevant here, petitioners moved to dismiss the suit as to the *foreign* purchasers (the respondents here), five foreign vitamin distributors located in Ukraine, Australia, Ecuador, and Panama, each of which bought vitamins from petitioners for delivery outside the United States. 2001 WL 761360, *4 (D. D. C., June 7, 2001) (describing the relevant transactions as wholly foreign.). Respondents have never asserted that they purchased any vitamins in the United States or in transactions in United States commerce, and the question presented assumes that the relevant "transactions occur[ed] entirely outside U. S. commerce." The District Court dismissed their claims. *Ibid.* It applied the FTAIA and found none of the exceptions applicable. *Id.*, at *3.*4. Thereafter, the *domestic* purchasers transferred their claims to another pending suit and did not take part in the subsequent appeal. 315 F. 3d 338, 343 (CADC 2003).

A divided panel of the Court of Appeals reversed. 315 F. 3d 338. The panel concluded that the FTAIA's general exclusionary rule applied to the case, but that its domestic-injury exception also applied. It basically read the plaintiffs' complaint to allege that the vitamin manufacturers' price-fixing conspiracy (1) had "a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect" on ordinary domestic trade or commerce, *i.e.*, the conspiracy brought about higher domestic vitamin prices, and (2) "such effect" gave "rise to a [Sherman Act] claim," *i.e.*, an injured *domestic* customer could have brought a Sherman Act suit, 15 U. S. C. §§6a(1), (2). Those allegations, the court held, are sufficient to meet the exception's requirements. 315 F. 3d, at 341.

The court assumed that the foreign effect, *i.e.*, higher prices in Ukraine, Panama, Australia, and Ecuador, was independent of the domestic effect, *i.e.*, higher domestic prices. *Ibid.* But it concluded that, in light of the FTAIA's text, legislative history,

and the policy goal of deterring harmful price-fixing activity, this lack of connection does not matter. *Ibid.* The District of Columbia Circuit denied rehearing *en banc* by a 4-to-3 vote. App. to Pet. for Cert. 44a.

We granted certiorari to resolve a split among the Courts of Appeals about the exception's application. Compare *Den Norske Stats Oljeselskap As v. HeereMac Vof*, 241 F. 3d 420, 427 (CA5 2001) (exception does not apply where foreign injury independent of domestic harm), with *Kruman v. Christie's Int'l PLC*, 284 F. 3d 384, 400 (CA2 2002) (exception does apply even where foreign injury independent); 315 F. 3d, at 341 (similar).

II. The FTAIA seeks to make clear to American exporters (and to firms doing business abroad) that the Sherman Act does not prevent them from entering into business arrangements (say, joint-selling arrangements), however anticompetitive, as long as those arrangements adversely affect only foreign markets. See H. R. Rep. No. 97.686, pp. 1.3, 9.10 (1982) (hereinafter House Report). It does so by removing from the Sherman Act's reach, (1) export activities and (2) other commercial activities taking place abroad, *unless* those activities adversely affect domestic commerce, imports to the United States, or exporting activities of one engaged in such activities within the United States.

The FTAIA says:

"Sections 1 to 7 of this title [the Sherman Act] shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless.

"(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect –

"(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations [*i.e.*, domestic trade or commerce], or on import trade or import commerce with foreign nations; or

"(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States [*i.e.*, on an American export competitor]; and

"(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

"If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States." 15 U. S. C. §6a.

This technical language initially lays down a general rule placing *all* (non-import) activity involving foreign commerce outside the Sherman Act's reach. It then brings such conduct back within the Sherman Act's reach *provided that* the conduct *both* (1) sufficiently affects American commerce, *i.e.*, it has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect. on American domestic, import, or (certain) export commerce, *and* (2) has an effect of a kind that antitrust law considers harmful, *i.e.*, the "effect" must "giv[e] rise to a [Sherman Act] claim." §§6a(1), (2).

We ask here how this language applies to price-fixing activity that is in significant part foreign, that has the requisite domestic effect, and that also has independent foreign effects giving rise to the plaintiff's claim.

(*Omissis*)

IV. We turn now to the basic question presented, that of the exception's application. Because the underlying antitrust action is complex, potentially raising questions not directly at issue here, we reemphasize that we base our decision upon the following: The price-fixing conduct significantly and adversely affects both customers outside the United States and customers within the United States, but the adverse foreign effect is independent of any adverse domestic effect. In these circumstances, we find that the FTAIA exception does not apply (and thus the Sherman Act does not apply) for two main reasons.

First, this Court ordinarily construes ambiguous statutes to avoid unreasonable interference with the sovereign authority of other nations. See, e.g., *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 372 U. S. 10, 20.22 (1963) (application of National Labor Relations Act to foreign-flag vessels); *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U. S. 354, 382.383 (1959) (application of Jones Act in maritime case); *Lauritzen v. Larsen*, 345 U. S. 571, 578 (1953) (same). This rule of construction reflects principles of customary international law—law that (we must assume) Congress ordinarily seeks to follow. See Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States §§403(1), 403(2) (1986) (hereinafter Restatement) (limiting the unreasonable exercise of prescriptive jurisdiction with respect to a person or activity having connections with another State); *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 118 (1804) ("[A]n act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains"); *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U. S. 764, 817 (1993) (SCALIA, J., dissenting) (identifying rule of construction as derived from the principle of "prescriptive comity").

This rule of statutory construction cautions courts to assume that legislators take account of the legitimate sovereign interests of other nations when they write American laws. It thereby helps the potentially conflicting laws of different nations work together in harmony—a harmony particularly needed in today's highly interdependent commercial world.

No one denies that America's antitrust laws, when applied to foreign conduct, can interfere with a foreign nation's ability independently to regulate its own commercial affairs. But our courts have long held that application of our antitrust laws to foreign anticompetitive conduct is nonetheless reasonable, and hence consistent with principles of prescriptive comity, insofar as they reflect a legislative effort to redress domestic antitrust injury that foreign anticompetitive conduct has caused. See *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416, 443.444 (CA2 1945) (L. Hand, J.); 1 P. Areeda & D. Turner, *Antitrust Law* ¶236 (1978).

But why is it reasonable to apply those laws to foreign conduct *insofar as that conduct causes independent foreign harm and that foreign harm alone gives rise to the plaintiff's claim*? Like the former case, application of those laws creates a serious risk of interference with a foreign nation's ability independently to regulate its own commercial affairs. But, unlike the former case, the justification for that interference seems insubstantial. See Restatement §403(2) (determining reasonableness on basis of such factors as connections with regulating nation, harm to that nation's interests, extent to which other nations regulate, and the potential for conflict). Why should American law supplant, for example, Canada's or Great Britain's or Japan's own de-

termination about how best to protect Canadian or British or Japanese customers from anticompetitive conduct engaged in significant part by Canadian or British or Japanese or other foreign companies?

(*Omissis*)

Respondents reply that many nations have adopted antitrust laws similar to our own, to the point where the practical likelihood of interference with the relevant interests of other nations is minimal. Leaving price fixing to the side, however, this Court has found to the contrary. See, *e.g.*, *Hartford Fire*, 509 U. S. at 797.799 (noting that the alleged conduct in the London reinsurance market, while illegal under United States antitrust laws, was assumed to be perfectly consistent with British law and policy); see also, *e.g.*, 2 *W. Fugate*, Foreign Commerce and the Antitrust Laws §16.6 (5th ed. 1996) (noting differences between European Union and United States law on vertical restraints).

Regardless, even where nations agree about primary conduct, say price fixing, they disagree dramatically about appropriate remedies. The application, for example, of American private treble-damages remedies to anticompetitive conduct taking place abroad has generated considerable controversy. See, *e.g.*, 2 ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments 1208.1209 (5th ed. 2002). And several foreign nations have filed briefs here arguing that to apply our remedies would unjustifiably permit their citizens to bypass their own less generous remedial schemes, thereby upsetting a balance of competing considerations that their own domestic antitrust laws embody. *E.g.*, Brief for Federal Republic of Germany et al. as *Amici Curiae* 2 (setting forth German interest "in seeing that German companies are not subject to the extraterritorial reach of the United States. antitrust laws by private foreign plaintiffs—whose injuries were sustained in transactions entirely outside United States commerce—seeking treble damages in private lawsuits against German companies"); Brief for Government of Canada as *Amicus Curiae* 14 ("treble damages remedy would supersede" Canada's "national policy decision"); Brief for Government of Japan as *Amicus Curiae* 10 (finding "particularly troublesome" the potential "interfere[nce] with Japanese governmental regulation of the Japanese market").

These briefs add that a decision permitting independently injured foreign plaintiffs to pursue private treble-damages remedies would undermine foreign nations. own antitrust enforcement policies by diminishing foreign firms. incentive to cooperate with antitrust authorities in return for prosecutorial amnesty. Brief for Federal Republic of Germany et al. as *Amici Curiae* 28.30; Brief for Government of Canada as *Amicus Curiae* 11.14. See also Brief for United States as *Amicus Curiae* 19.21 (arguing the same in respect to American antitrust enforcement).

(*Omissis*)

We conclude that principles of prescriptive comity counsel against the Court of Appeals. interpretation of the FTAIA. Where foreign anticompetitive conduct plays a significant role and where foreign injury is independent of domestic effects, Congress might have hoped that America's antitrust laws, so fundamental a component of our own economic system, would commend themselves to other nations as well. But, if America's antitrust policies could not win their own way in the international mar-

ketplace for such ideas, Congress, we must assume, would not have tried to impose them, in an act of legal imperialism, through legislative fiat.

Second, the FTAIA's language and history suggest that Congress designed the FTAIA to clarify, perhaps to limit, but not to *expand* in any significant way, the Sherman Act's scope as applied to foreign commerce. See House Report 2.3. And we have found no significant indication that at the time Congress wrote this statute courts would have thought the Sherman Act applicable in these circumstances.

(*Omissis*)

Nevertheless, respondents now have called to our attention six cases, three decided by this Court and three decided by lower courts.

(*Omissis*)

The upshot is that no pre-1982 case provides significant authority for application of the Sherman Act in the circumstances we here assume. Indeed, a leading contemporaneous lower court case contains language suggesting the contrary. See *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597, 613 (CA9 1976) (insisting that the foreign conduct's domestic effect be "sufficiently large to present a cognizable injury to the plaintiffs" (emphasis added)).

Taken together, these two sets of considerations, the one derived from comity and the other reflecting history, convince us that Congress would not have intended the FTAIA's exception to bring independently caused foreign injury within the Sherman Act's reach.

V. Respondents point to several considerations that point the other way. For one thing, the FTAIA's language speaks in terms of the Sherman Act's *applicability* to certain kinds of *conduct*. The FTAIA says that the Sherman Act applies to foreign "conduct" with a certain kind of harmful domestic effect. Why isn't that the end of the matter? How can the Sherman Act both *apply to the conduct* when one person sues but *not apply to the same conduct* when another person sues? The question of who can or cannot sue is a matter for other statutes (namely, the Clayton Act) to determine.

Moreover, the exception says that it applies if the conduct's domestic effect gives rise to "*a claim*," not to "*the plaintiff's claim*" or "*the claim at issue*." 15 U. S. C. §6a(2) (emphasis added). The alleged conduct here did have domestic effects, and those effects were harmful enough to give rise to "a" claim. Respondents concede that this claim is not their own claim; it is someone else's claim. But, linguistically speaking, they say, that is beside the point.

Nor did Congress place the relevant words "gives rise to a claim" in the FTAIA to suggest any geographical limitation; rather it did so for a here neutral reason, namely, in order to make clear that the domestic effect must be an *adverse* (as opposed to a beneficial) effect. See House Report 11 (citing *National Bank of Canada v. Interbank Card Assn.*, 666 F. 2d 6, 8 (CA2 1981)).

Despite their linguistic logic, these arguments are not convincing. Linguistically speaking, a statute can apply and not apply to the same conduct, depending upon other circumstances; and those other circumstances may include the nature of the

lawsuit (or of the related underlying harm). It also makes linguistic sense to read the words "a claim" as if they refer to the "plaintiff's claim" or "the claim at issue."

At most, respondents' linguistic arguments might show that respondents' reading is the more natural reading of the statutory language. But those arguments do not show that we *must* accept that reading. And that is the critical point. The considerations previously mentioned "those of comity and history" make clear that the respondents' reading is not consistent with the FTAIA's basic intent. If the statute's language reasonably permits an interpretation consistent with that intent, we should adopt it. And, for the reasons stated, we believe that the statute's language permits the reading that we give it.

Finally, respondents point to policy considerations that we have previously discussed, *supra*, at 11, namely, that application of the Sherman Act in present circumstances will (through increased deterrence) help protect Americans against foreign-caused anticompetitive injury. As we have explained, however, the plaintiffs and supporting enforcement-agency *amici* have made important experience-backed arguments (based upon amnesty-seeking incentives) to the contrary. We cannot say whether, on balance, respondents' side of this empirically based argument or the enforcement agencies' side is correct. But we can say that the answer to the dispute is neither clear enough, nor of such likely empirical significance, that it could overcome the considerations we have previously discussed and change our conclusion.

For these reasons, we conclude that petitioners' reading of the statute's language is correct. That reading furthers the statute's basic purposes, it properly reflects considerations of comity, and it is consistent with Sherman Act history.

VI. We have assumed that the anticompetitive conduct here independently caused foreign injury; that is, the conduct's domestic effects did not help to bring about that foreign injury. Respondents argue, in the alternative, that the foreign injury was not independent. Rather, they say, the anticompetitive conduct's domestic effects were linked to that foreign harm. Respondents contend that, because vitamins are fungible and readily transportable, without an adverse domestic effect (*i.e.*, higher prices in the United States), the sellers could not have maintained their international price-fixing arrangement and respondents would not have suffered their foreign injury. They add that this "but for" condition is sufficient to bring the price-fixing conduct within the scope of the FTAIA's exception.

The Court of Appeals, however, did not address this argument, 315 F. 3d, at 341, and, for that reason, neither shall we. Respondents remain free to ask the Court of Appeals to consider the claim. The Court of Appeals may determine whether respondents properly preserved the argument, and, if so, it may consider it and decide the related claim.

For these reasons, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion.

It is so ordered.

Justice O'Connor took no part in the consideration or decision of this case.

SULL'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA: IL CASO *HOFFMANN-LA ROCHE* DINANZI ALLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

Sommario: *Introduzione* - **1.** Il Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) e le attività anticoncorrenziali "wholly foreign" - **2.** L'interpretazione estensiva attribuita al FTAIA dalla Court of Appeal for the District of Columbia - **3.** La sentenza on writ of certiorari della Supreme Court - **4.** Elementi di novità della sentenza: la necessaria "interdipendenza" degli effetti sui diversi mercati ai fini del riconoscimento della giurisdizione riguardo alle attività interamente estere - **5.** Segue: La «prescriptive comity» come limite di diritto internazionale all'esercizio della sovranità extraterritoriale in materia di concorrenza - **a.** La cortesia internazionale considerata alla stregua di una regola di "statutory construction" - **b.** La sentenza Hoffmann-La Roche ed il Restatement (Third) of Foreign Relations Law - **c.** La portata innovativa del concetto di «comity» accolto dalla Corte Suprema - **d.** L'incidenza della sentenza Hoffmann-La Roche sulla giurisprudenza Hartford Fire - **6.** Conclusioni.

Introduzione

Con la sentenza del 14 giugno 2004, *Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran S.A. et al.*¹, la Corte Suprema americana, per la prima volta nella

¹ *Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran S.A. et al.*, 542 U.S. 155, S.Ct. 2359 (2004). Sulla controversia in parola, nota anche come "Vitamins case", v. in dottrina S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran: the Supreme Court Decides that Foreign Competition Regulation Limits American Antitrust Jurisdiction over International Cartels*, in *Harvard ILJ*, 2005, p. 279 ss.; S. E. BURNETT, *U.S. Judicial Imperialism Post Empagran v. F. Hoffmann-La Roche? Conflicts of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust*, in *Emory ILR*, 2004, p. 555 ss.; H. L. BUXBAUM, *National Courts, Global Cartels: F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran, S.A. (U.S. Supreme Court 2004)*, in *German LJ*, 2004, p. 1095 ss.; O. LAMBSDORFF, *Der U.S. Supreme Court untersagt die extraterritoriale Auslegung des U.S. Kartellrechts*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2004, p. 877 ss. Cfr. pure, C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign Claims: the US Supreme Court's Decision (2004) v. the English High Courts in the Vitamins Case*, *ECLR*, 2004, p. 611 ss.

sua storia², ha preso posizione sulla questione dei limiti alla potestà giurisdizionale in tema di c.d. *private antitrust enforcement*³, con specifico riguardo alle liti aventi ad oggetto attività commerciali svolte interamente all'estero. La decisione è di notevole importanza in quanto non solo precisa la portata extraterritoriale del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (d'ora in poi, «FTAIA»), ma segnala un rinnovato interesse della Corte nell'utilizzo dei principi della cortesia come limite all'applicazione extraterritoriale della legge statunitense sulla concorrenza.

In sintesi, con sentenza del 7 giugno 2001⁴, la *District Court of Columbia* aveva respinto una domanda di risarcimento di c.d. *"treble damages"*⁵, ai sensi di *Sherman*⁶ e *Clayton Acts*⁷, avanzata nel contesto di una vasta *class action*⁸ da soggetti stranieri nei confronti di multinazionali farmaceutiche parimenti straniere, coinvolte in un cartello di prezzo internazionale⁹. Il nocciolo

² Se si eccettua la sentenza in causa *Pfizer Inc. et al. v. Government of India et al.*, 434 U.S. 308 (1978), concernente la legittimazione dei governi stranieri a presentare denuncia alle corti americane in materia di concorrenza (v. *infra*, nota 40, *in fine*).

³ A differenza di quanto si verifica nell'Unione europea, negli USA la gran parte dei procedimenti *antitrust* è instaurata davanti alle giurisdizioni competenti – le *District Courts* – da azioni private (*private suit type*); ai soggetti privati, infatti, è riconosciuto il c.d. *right to petition* per far valere i propri interessi particolari. Tuttavia, se le azioni private sono alla base di circa il 90% dei casi *antitrust* statunitensi, tale percentuale è molto più bassa nei casi internazionali, nei quali la maggior parte dei procedimenti di indagine sono di tipo amministrativo, vale a dire instaurati dal *Department of Justice* (DoJ) o dalla *Federal Trade Commission* (FTC). V. F. CANINO, *La cooperazione internazionale*, in G. L. TOSATO - L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza: aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 266 in nota.

⁴ *Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, No. Civ. 001686TFH, 2001 WL 761360 (D.D.C. June 7, 2001).

⁵ Nel sistema *antitrust* americano, l'intervento dei privati è particolarmente incentivato dalla c.d. *private treble damage action*, cioè il risarcimento del triplo del danno subito nel caso provino di essere stati danneggiati da un illecito anticoncorrenziale; la sanzione comminata assume così una funzione repressiva superiore al valore del danno, tale da costituire un forte motivo di dissuasione dal commettere atti lesivi della concorrenza.

⁶ § 1 *Sherman Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. § 1.

⁷ §§ 4, 16 *Clayton Act*, 38 Stat. 731, 737, 15 U.S.C. §§ 15, 26.

⁸ La *class action* è l'azione giudiziaria che, secondo la legislazione americana, può essere esperita da uno o più soggetti (*lead representatives*) – solitamente scelti dal tribunale tra quelli che vantano il maggior danno – per conto e nell'interesse di tutte le vittime di una stessa condotta illecita. I costi per intraprendere l'azione collettiva sono anticipati dai legali che, in caso di sentenza vittoriosa o di transazione, trattengono, a copertura delle spese sostenute e a saldo degli onorari, la percentuale pattuita rispetto alla cifra complessiva ottenuta per il risarcimento (è questo il noto meccanismo delle «*contingent fees*», il c.d. patto di quota lite, vietato in Italia). Sulla tutela giurisdizionale collettiva negli Stati Uniti, cfr. L. HEFFERNAN, *Comparative Common Law Approaches to Multi-Party Litigation: The American Class Action Procedure*, in *Dublin University LJ*, 2003, p. 102 ss.; D. R. HENSLER, *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, in *Duke JCL*, 2001, p. 179 ss.; D. BAETGE - S. EICHHOLTZ, *Die Class Action in den USA*, in J. BASEDOW ET AL., *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß: Verbandsklage und Gruppenklage*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 287 ss.

⁹ Le imprese farmaceutiche "cartellizzate" – alcune delle quali, come Hoffmann-La Roche, BASF e Aventis (ex Rhône-Poulenc), sono tra i maggiori produttori di vitamine al mondo – avevano concluso e partecipato ad una serie di accordi continuati, interessanti i mercati di numerosi Paesi, in virtù dei quali esse avevano fissato i prezzi di alcune vitamine utilizzate per la produzione di latte e mangimi animali (c.d. «*bulk vitamins*»), assegnato quote di vendita, concordato ed applicato

della controversia riguardava l'esistenza della *jurisdiction* statunitense in merito a vicende commerciali del tutto estere, ma collegate ad un accordo collusivo che aveva inciso anche sul mercato nordamericano, determinando un innalzamento dei prezzi nel settore delle vitamine (circostanza che restava estranea alla *cause of action* dedotta dagli attori stranieri). La Corte Distrettuale, avendo qualificato le suddette attività come "*wholly foreign*", giacché «occurr[ed] entirely outside U.S. commerce», non aveva ritenuto applicabile alcuna delle eccezioni previste dal FTAIA a favore della giurisdizione extraterritoriale¹⁰. Con decisione del 17 gennaio 2003¹¹, la *Court of Appeals* federale del *District of Columbia*, sulla base di una criticabile lettura estensiva del FTAIA¹², ha nondimeno rovesciato la decisione di primo grado, riconoscendo

aumenti di prezzi, venduto i prodotti ai prezzi concordati, creato un sistema per controllare e far rispettare gli accordi, nonché preso parte a regolari incontri ai fini dell'attuazione dei loro piani. Data la natura "globale" dell'intesa cartellare – che non a caso alcuni hanno descritto come «probably the most economically damaging cartel ever prosecuted under U.S. antitrust law» (così H. FIRST, *The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law*, in *Antitrust LJ*, 2001, p. 711 ss.) – procedimenti sono stati iniziati dalle autorità di concorrenza di Stati Uniti, Canada e Australia, nonché dalla Commissione europea, anche in reciproca cooperazione tra loro, attraverso gli strumenti previsti dagli accordi internazionali in materia. All'esito di alcuni procedimenti – è questo il caso, per esempio, dei procedimenti avviati negli USA e nell'Unione europea – venivano inflitte pesanti ammende alle imprese coinvolte; a tal riguardo, si veda la decisione della Commissione del 21 novembre 2001, Caso COMP/E-1/37.512 – *Vitamine*, in *Guce* n. L 6 del 19 gennaio 2003, p. 1 ss. In conseguenza di ciò, alcuni acquirenti-distributori di vitamine hanno convenuto in giudizio le imprese farmaceutiche partecipanti al cartello per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'accertata violazione della concorrenza. Talune azioni sono state proposte davanti ai tribunali europei, in particolare in Inghilterra e Germania, altre negli Stati Uniti; tra le azioni proposte negli USA vi è appunto quella intentata innanzi alla Corte Distrettuale dello Stato della Columbia da cinque imprese localizzate in Australia, Ecuador, Panama e Ucraina.

¹⁰ Cfr. *Empagran S.A. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.*, 315 F.3d 340 (D.C. Cir. 2003): «The District Court held that, under FTAIA, a plaintiff must establish that the injuries it seeks to remedy actually arose from the anticompetitive effects of the defendants' conduct on United States commerce. In other words, it is not enough for a plaintiff to show that other persons were injured by such United States effects; the United States effects themselves must give rise to plaintiff's claim».

¹¹ *Empagran S.A.*, *loc. cit.* p. 338. Per un commento, v. A. STANGER, *Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction Over Foreign Parties After Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche, Ltd.*, in *Brigham Young University LR*, 2003, p. 1453 ss.

¹² La decisione della Corte d'appello ha incontrato forti proteste da parte di un numero di Stati stranieri intervenuti di fronte alla Corte Suprema come *amici curiae* in favore dei ricorrenti. In particolare, nella causa *Hoffmann-La Roche* sono state presentate – tra le altre – le seguenti *amicus curiae* briefs: *Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as amici curiae in Support of Petitioners*; *Brief for the Government of Canada as amicus curiae Supporting Reversal*; *Brief of the Governments of the Federal Republic of Germany and Belgium as amici curiae in Support of Petitioners*; *Brief of the Government of Japan as amicus curiae in Support of Petitioners*. È interessante osservare, inoltre, che il governo americano – anch'esso intervenuto davanti alla *Supreme Court*, in persona del DoJ, come *amicus curiae* in favore dei ricorrenti – si è opposto fermamente all'interpretazione estensiva della Corte d'appello. Sul punto, v. più ampiamente *infra*, nota 50. Si noti infine che la sentenza d'appello ha sollevato numerose critiche anche in dottrina. V. O. LAMBSDORFF, *Wettbewerbsrecht in einer globalisierten Wirtschaft*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, p. 710 ss., secondo cui i governi stranieri interpretano l'asserzione della giurisdizione statunitense in simili casi come un illecito tentativo da parte dei tribunali americani di agire come «*world courts*» nei procedimenti contro i cartelli di dimensioni globali. Cfr. altresì, J. VAN CAENEGEM, *The Long Arm of the US Courts: The Empagran Decision*, in *Liber amicorum Jean-Pierre de Band*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 635 ss.; nonché N. W. PALMIERI, *Tribunale mondiale antitrust a Washington?*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 140 ss.

la sussistenza della potestà giurisdizionale americana; essa reputava, infatti, l'espansione della giurisdizione degli Stati Uniti indispensabile per sanzionare efficacemente la "global conspiracy"¹³. La richiesta di riesame (*writ of certiorari*) presentata dai convenuti è sfociata nella recente pronuncia della Corte Suprema del 14 giugno 2004, *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, estesa da Justice Breyer. Questa annulla la decisione della *Court of Appeals* e, risolvendo un contrasto interpretativo tra le corti inferiori circa l'interpretazione della *Section 6a(1) FTAIA*, argina la sempre riemergente tendenza espansiva della sovranità degli Stati Uniti in materia di concorrenza.

1. Il *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA) e le attività anticoncorrenziali "wholly foreign"

Il problema principale nella causa *Empagran* era se l'incidenza di un cartello internazionale anche sul mercato statunitense potesse attrarre di fronte alle Corti americane controversie tra privati relative ad operazioni su mercati esteri in cui quel cartello avesse prodotto affini effetti anticoncorrenziali¹⁴. Tale problema si poneva in virtù del fatto che le attività interamente straniere, pur essendo in genere escluse dall'ambito di applicazione dello *Sherman Act*, vi rientrano a titolo eccezionale allorché abbiano un impatto significativo sul commercio interno o internazionale degli Stati Uniti e diano luogo ad una azione legale ai sensi della normativa *antitrust* statunitense. A tal proposito, si ritiene opportuna una breve premessa in merito alla c.d. «teoria degli effetti» elaborata dalle Corti americane a partire dal secondo dopoguerra. Come è noto, sin dalla sentenza *Alcoa*¹⁵ del 1945 i comportamenti anticoncorrenziali messi in atto da soggetti stranieri al di fuori degli Stati Uniti possono essere giudicati secondo le leggi americane se in grado di produrre effetti sulle *im-*

¹³ *Empagran S.A.*, cit. *supra*, nota 10, p. 356: «We are persuaded that, if foreign plaintiffs could not enforce the antitrust laws with respect to the foreign effects of anticompetitive behavior, global conspiracy would be under-deterred, since the perpetrator might well retain the benefits that the conspiracy accrued abroad. There would be an incentive to engage in global conspiracies, because, even if the conspirator has to disgorge his U.S. profits in suits by domestic plaintiffs, he would very possibly retain his foreign profits, which may make up for his U.S. liability». Tale argomento era già stato posto alla base della succitata sentenza *Pfizer Inc. v. Government of India*, p. 308: «To deny a foreign plaintiff injured by an antitrust violation the right to sue would defeat the two purposes of 4: to deter violators and deprive them of the "fruits of their illegality", and to "compensate victims of antitrust violations for their injuries"».

¹⁴ Come è stato notato, «[t]he FTAIA's unique statutory language offers little guidance for district courts when an international cartel raises the price of a good or service in both domestic and foreign markets»; e, ancora, «the FTAIA is unclear as to how courts should approach antitrust litigation where price-fixing occurs at the supranational level and affects domestic and foreign markets». Così, S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, cit. *supra*, nota 1, rispettivamente, p. 279 e 288.

¹⁵ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2nd 416, 443 (2nd Cir. 1945).

portazioni negli USA, sempre che gli effetti "domestici" siano «direct, substantial and reasonably foreseeable», come ha successivamente precisato la sentenza *Timberlane*¹⁶. Nel 1982, il Congresso americano ha inoltre adottato il FTAIA allo scopo di chiarire la portata giurisdizionale dello *Sherman Act* in relazione al commercio estero *diverso dalle importazioni*¹⁷. Tale legge ha apportato, infatti, una modifica alla *Section 6*, stabilendo che lo *Sherman Act* non si applica alla «conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations» a meno che *i.* essa non abbia un effetto "diretto", "sostanziale" e "ragionevolmente prevedibile" sul commercio interno, sulle importazioni, o sulle esportazioni degli Stati Uniti¹⁸, e *ii.* l'effetto dia luogo ad una pretesa in base allo *Sherman Act*. Come si vede, il FTAIA non menziona l'attività di «export trade or export commerce», ma si riferisce alquanto genericamente a condotte implicanti commercio «other than import trade or import commerce»; in tal modo, si è inteso ricomprendere non solo l'*export*, ma anche le attività commerciali svolte interamente all'estero (c.d. "*wholly foreign*"). È proprio nella parte relativa a simili attività che la *Section 6a* dello *Sherman Act* è stata al centro della complessa vicenda giudiziaria culminata nella sentenza *Hoffmann-La Roche*.

2. L'interpretazione estensiva attribuita al FTAIA dalla *Court of Appeal for the District of Columbia*

Nella sentenza *Empagran*, la Corte d'appello assumeva che il comportamento collusivo dei produttori di vitamine aveva causato effetti diretti e sostanziali sul mercato americano. La questione controversa riguardava, piuttosto, la sussistenza della seconda condizione necessaria per il radicamento della potestà giurisdizionale, ossia la configurabilità di un'azione legale ai sensi del diritto *antitrust* statunitense¹⁹. Questa non era, peraltro, la prima volta che una Corte americana veniva investita di una siffatta questione. In effetti, la Corte Suprema ha deciso di concedere il *certiorari*, di discutere cioè il caso *Empagran*, proprio al fine di risolvere un contrasto insorto tra alcuni pre-

¹⁶ *Timberlane Lumber v. Congoleum Industries Inc.*, 549 F. 2nd 597 (2nd Cir. 1976).

¹⁷ Sul FTAIA v. diffusamente, P. AREEDA - H. HOVENCAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston, Little, Brown and Company, 2000, § 272. Con specifico riguardo all'applicabilità del FTAIA alle operazioni commerciali estere, cfr. E. D. CAVANAGH, *The FTAIA and Subject Matter Jurisdiction Over Foreign Transactions Under the Antitrust Laws: The New Frontier in Antitrust Litigation*, in *SMU Law Review*, 2003, p. 2151 ss.

¹⁸ Cfr. a tal riguardo, R. W. BECKLER - M. H. KIRTLAND, *Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What is a "Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect" Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?*, in *Texas ILJ*, 2003, p. 11 ss.

¹⁹ *Empagran S.A.*, *cit. supra*, nota 10, p. 344.

cedenti delle Corti inferiori, relativi alle controversie *Statoil e Kruman*²⁰. Più precisamente, nel 2001 la *Court of Appeals for the Fifth Circuit* aveva deciso una causa intentata da una compagnia petrolifera norvegese – la "*Den Norske*" – contro alcuni fornitori di servizi di trasporto pesante su chiatte, operanti nel Mare del Nord, nel Golfo del Messico ed in Estremo Oriente²¹. L'attore asseriva che i convenuti avevano ripartito i mercati e messo in atto offerte collusive in tutti i mercati rilevanti; lamentava però di aver patito danni con solo riguardo ai progetti realizzati nel Mare del Nord. La Corte d'appello, una volta accertata l'incidenza sul mercato statunitense della condotta anticompetitiva attuata dalle imprese convenute, avendo queste ultime praticato prezzi più alti nel Golfo del Messico (e quindi in acque territoriali statunitensi), ha interpretato restrittivamente il FTAIA, richiedendo che oggetto della domanda attorea fossero i danni avutisi negli Stati Uniti²².

L'anno seguente, la *Court of Appeals for the Second Circuit* ha risolto un'analoga controversia instaurata da attori stranieri²³. In questo caso, la *causa petendi* riguardava il comportamento tenuto dalle due maggiori case d'asta al mondo – "*Christie's*" e "*Sotheby's*" – accusate di aver fissato i prezzi praticati in tutto il globo in relazione ai propri servizi d'asta, con specifico riguardo ai premi di acquisto e alle commissioni di vendita. L'azione era stata proposta da un gruppo di mercanti d'arte che avevano preso parte ad aste svoltesi in varie località fuori degli Stati Uniti. La Corte, dopo aver ammesso la sussistenza di effetti negli Stati Uniti, giacché «the domestic price-fixing agreement could only have succeeded with the foreign price-fixing agreement», ha respinto il ragionamento seguito in *Statoil*, secondo cui è necessario che sia l'effetto "domestico" a causare i danni lamentati dall'attore; di contro, essa ha sostenuto che – secondo il FTAIA – affinché la domanda sia azionabile, è sufficiente che le conseguenze interne siano in contrasto con le regole sostanziali dello *Sherman Act*²⁴.

Nella causa relativa al cartello di vitamine, la *Court of Appeals* del distretto della Columbia si è accostata all'interpretazione estensiva data al FTAIA nel caso *Kruman*, in quanto ha affermato che gli effetti della condotta

²⁰ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. supra, nota 1, p. 2364. In argomento, T. KÖSTER - H. H. WHEELER, *Appellate Courts Split on the Interpretation of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Should the Flood Gates Be Opened?*, in *Indiana ICLR*, 2004, p. 717 ss.

²¹ *Den Norske Stats Oljeselskap A.S. v. Heeremac V.O.F.*, 241 F.3d 420 (5th Cir. 2001) (qui di seguito «*Statoil*»). In questo caso la Suprema Corte ha negato il *certiorari*. Per un commento critico a tale sentenza, si veda W. J. TUTTLE, *The Return of Timberlane?: The Fifth Circuit Signals a Return to Restrictive Notions of Extraterritorial Antitrust*, in *Vanderbilt JTL*, 2003, p. 319 ss.

²² *Den Norske Stats Oljeselskap A.S.*, loc. cit., p. 426 ss.

²³ *Kruman v. Christie's Int'l PLC*, 284 F.3d 384 (2d Cir. 2002) (di seguito «*Kruman*»). Qui, a differenza della causa *Statoil*, la *Supreme Court* ha concesso il *certiorari*, ma nelle more del giudizio è intervenuta tra le parti una transazione che ha messo fine alla controversia.

²⁴ *Kruman*, loc. cit., p. 399 ss.

straniera «must give rise to "a claim" by someone, even if not the foreign plaintiff who is before the court»²⁵. In sostanza, la Corte ha ritenuto che, nella misura in cui una condotta anticompetitiva pregiudica il commercio statunitense, i privati che hanno subito un danno a causa degli effetti di quella condotta sul commercio estero abbiano *locus standi* davanti ai tribunali americani²⁶. Dunque, «[t]he appealed decision of the D.C. Circuit Court of Appeals had opened the door for jurisdiction by US Courts where foreign plaintiffs established (a) foreign anti-competitive conduct; (b) foreign harm and domestic harm, the former not necessarily arising from the latter»²⁷.

3. La sentenza *on writ of certiorari* della *Supreme Court*

La questione interpretativa che la Suprema Corte ha cercato di risolvere è la seguente: se, ai sensi del FTAIA, un'impresa possa convenire un'altra impresa innanzi all'autorità giudiziaria americana per ottenere il risarcimento dei danni da concorrenza subiti all'estero, qualora la condotta anticoncorrenziale straniera – nella specie, un cartello di prezzo – abbia inciso negativamente *anche* sul mercato statunitense²⁸. La posta in gioco risultava abbastanza elevata, atteso che un'interpretazione restrittiva avrebbe bloccato in futuro tutte le azioni aventi ad oggetto richieste di risarcimento relative a danni avvenuti all'estero, mentre una lettura estensiva non ne avrebbe impedita alcuna²⁹.

²⁵ *Empagran S.A.*, *cit. supra*, nota 10, p. 350.

²⁶ Cfr. S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, *cit. supra*, nota 1, p. 282 ss.: «The Court of Appeals for the District of Columbia reversed, applying the Second Circuit's 2002 interpretation of the FTAIA, which held that private foreign plaintiffs can bring actions under the Sherman Act as long as any domestic claim exists; the claim can be made by the U.S. government or by a party injured as part of domestic commerce».

²⁷ Così, C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign*, *cit. supra*, nota 1, p. 611.

²⁸ Il fatto che la controversia sia insorta *tra stranieri* non è di per sé rilevante. Come si legge nella *Brief for the United States as amicus curiae Supporting Petitioners*, p. 7, «[i]t is not disputed in this case that, under Section 6a, the Sherman Act applies to a plaintiff's claim that arises from an illegal conspiracy's anticompetitive effects on domestic commerce, whether the plaintiff is located here or abroad, or is a citizen of the United States or of another country. (...) The question presented in this case is whether the Sherman Act permits respondents to recover treble damages and attorney's fees under the United States' antitrust laws for injuries that they sustained entirely overseas and that arose out of purely foreign sales transactions». Si veda, inoltre, E. D. CAVANAGH, *The FTAIA*, *cit. supra*, nota 17, p. 2157: «On its face, the FTAIA is neutral as between citizens of the United States and foreign citizens. Similarly, the statute is neutral as to conduct occurring within or outside of the United States. The focus of the statute is whether there is an anti-competitive effect in the United States». Per questo motivo, non ci sembra di poter condividere l'impostazione di quanti, nell'esaminare il caso *Empagran*, guardano allo stesso come ad una controversia *foreign-to-foreign*. In questi termini, titolo e commento di C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign*, *cit. supra*, nota 1, p. 611 ss., p. 616, il quale scrive in proposito: «The *Vitamins* litigation has revealed a willingness (...) to seek an adequate justification for establishing jurisdiction over "foreign-to-foreign" claims».

²⁹ Cfr. H. L. BUXBAUM, *National Courts*, *cit. supra*, nota 1, p. 1098.

Tenuto conto di quanto sostenuto dai giudici d'appello a proposito della c.d. *under-deterrence* dei cartelli "globali"³⁰, si è osservato nella dottrina che il caso *Empagran* presentava «a question at the intersection of antitrust policy and international jurisdictional law» e, pertanto, offriva alla *Supreme Court* la possibilità di valutare il ruolo dell'accesso dei privati alla giustizia americana come uno strumento a servizio di una strategia globale di *antitrust enforcement*³¹. Tuttavia, la Corte Suprema è stata unanime nel respingere una simile prospettiva e nell'interpretare in maniera restrittiva il FTAIA³². Due le ragioni principali addotte a fondamento della sua decisione. Innanzitutto, con riguardo alla legittimazione attiva, i giudici della Corte, censurando le argomentazioni della sentenza impugnata, puntualizzano che non può leggersi la condizione legislativa del «give rise to a claim» come se si riferisse a potenziali pretese *antitrust* che soggetti diversi dagli attori in causa potrebbero avanzare in relazione agli effetti "domestici" della pratica anticompetitiva: quelle parole devono piuttosto essere intese nel senso di «*plaintiff's claim*» o «*claim at issue*»; di conseguenza, esse escludono che la domanda dell'attore possa chiedere la repressione degli effetti prodotti da detta pratica all'estero per il solo fatto che gli effetti "domestici" legittimano la domanda ipotetica di qualcun altro³³. L'altra motivazione invocata dalla Corte Suprema a sostegno della propria opinione riguarda più che altro il collegamento della condotta denunciata con l'ordinamento statunitense: nessuna delle eccezioni contemplate dalla *Section 6a(1) FTAIA* – afferma la Corte – è idonea a fondare la giurisdizione americana, quando – come nel caso di specie – gli effetti risentiti all'estero siano *independenti* da quelli prodotti sul mercato statunitense, non siano cioè una conseguenza di questi ultimi³⁴.

³⁰ V. *supra*, nota 13. Cfr. inoltre, *Brief Amici Curiae of Legal Scholars in Support of Respondents*, p. 12, in cui si osserva che l'insorgere di cartelli globali è dovuto alle lacune esistenti nel quadro regolativo della concorrenza a livello mondiale. Sulla scorta di alcuni dati OCSE e di altri recenti studi economici, si è poi sostenuto che l'importo aggregato delle sanzioni irrogate non è sufficiente a svolgere un'efficace azione deterrente nei confronti dei cartelli di prezzo. Cfr. *Brief of Amici Curiae Economists Joseph E. Stiglitz and Peter R. Orszag in Support of Respondents*, p. 8 ss.; e *Brief for Certain Professors of Economics as Amici Curiae in Support of Respondents*, p. 5 ss. Si ritiene, infine, che riconoscere agli stranieri la legittimazione ad intraprendere azioni presso i tribunali americani possa accrescere l'effetto di deterrenza e, quindi, non solo proteggere il mercato statunitense ma massimizzare il «global welfare». V. *Brief of Amici Curiae Economists Joseph E. Stiglitz and Peter R. Orszag*, *loc. cit.*, p. 12.

³¹ In tal senso, H. L. BUXBAUM, *National Courts*, *cit. supra*, nota 1, p. 1097.

³² Con riguardo specifico alla controversa possibilità di applicare lo *Sherman Act* ai fini deterrenti nei confronti della "global conspiracy", la Suprema Corte evita di prendere posizione, limitandosi a precisare che la risposta al problema non è abbastanza chiara, né comunque di tale significato empirico da togliere valore alle motivazioni – su cui ci soffermeremo tra breve – da essa addotte a fondamento della sua decisione. V. *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *cit. supra*, nota 1, p. 2372.

³³ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *loc. cit.*, p. 2371 ss.

³⁴ *Ivi*, p. 2363 e, soprattutto, p. 2366 ss. In realtà, non avendo la Corte d'appello affrontato la questione relativa alla interdipendenza degli effetti sui diversi mercati, la *Supreme Court* ha ritenuto parimenti di non doversene occupare, assumendo che «conduct here independently caused foreign injury; that is, the conduct's domestic effects did not help to bring about that foreign injury».

4. Elementi di novità della sentenza: la necessaria "interdipendenza" degli effetti sui diversi mercati ai fini del riconoscimento della giurisdizione riguardo alle attività interamente estere

Come si è visto, la Corte Suprema nega la possibilità che un'intesa anti-concorrenziale di dimensioni mondiali, per il *solo* fatto di produrre effetti *anche* negli Stati Uniti, possa giustificare il radicamento presso le Corti americane di controversie relative a vicende consumatesi interamente all'estero. D'altro canto, la potestà giurisdizionale statunitense non sembra in principio esclusa in simili circostanze. In verità, la *ratio decidendi* adottata dalla *Supreme Court*, incentrata sulla assoluta indipendenza degli effetti sui diversi mercati coinvolti, lascia spazio al riconoscimento di un'estesa giurisdizione nel merito – c.d. *subject matter* o *statutory jurisdiction* – quando l'attore possa provare che il pregiudizio subito all'estero sia strettamente interconnesso e dipendente dagli effetti della pratica anticompetitiva sul mercato americano, ad esempio perché l'artificiale innalzamento del prezzo sul mercato estero non sarebbe economicamente concepibile in assenza di analoghi effetti sul mercato statunitense³⁵. In definitiva, il configurarsi di effetti negli Stati Uniti, in presenza di paralleli effetti esteri, rappresenta una condizione *necessaria* ma *non sufficiente* affinché si radichi la giurisdizione americana nell'ambito di controversie riguardanti attività interamente estere; è da ritenere all'uopo necessaria, invece, anche la "interdipendenza" degli effetti sui diversi mercati³⁶. Pertanto, a noi sembra che la Corte Suprema abbia formulato, ad integrazione della *Section 6a(1) FTAA*, una norma non scritta³⁷, ai sensi della quale

La Corte Suprema, peraltro, ha rimesso le parti davanti alla *Court of Appeals* per una pronuncia in merito a tale questione. *V. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *loc. ult. cit.*, p. 2372. Alla data in cui si scrive la causa è ancora pendente.

³⁵ Scrive in proposito S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, *cit. supra*, nota 1, p. 287: «[t]he Court left the door open for the large-scale prosecution of expansive, international cartels in U.S. courts by acknowledging that it would be possible for plaintiffs to argue that "without an adverse domestic effect (i.e., higher prices in the United States), the sellers could not have maintained their international price-fixing arrangement"».

³⁶ In senso conforme, C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign*, *cit. supra*, nota 1, p. 615 ss.: «According to the US Supreme Court, the foreign plaintiff has standing in US courts if he establishes that his foreign harm is dependent upon domestic harm caused by the same foreign conduct»; e, ancora, «[u]nder US law "foreign-to-foreign" claims are now only possible if the foreign harm is dependent on US harm». Cfr. inoltre, H. L. BUXBAUM, *National Courts*, *cit. supra*, nota 1, p. 1103 ss. L'occasione per una prima rapida conferma potrebbe fornirla, a seguito del rinvio operato dalla *Supreme Court* alla Corte d'appello, la stessa controversia *Empagran*, qualora gli attori riuscissero a provare che gli effetti del cartello di vitamine sui mercati stranieri siano strettamente interconnessi a quelli avutisi negli Stati Uniti.

³⁷ L'esigenza di ipotizzare la formulazione di una norma non scritta, anziché sussumere la fattispecie relativa agli effetti c.d. interdipendenti nell'ambito della stessa *Section 6a(1) FTAA*, si giustifica per ragioni di coerenza logica. Difatti, la premessa della Suprema Corte, secondo cui l'espressione «give rise to a claim» andrebbe letta come «*plaintiff's claim*» (o «*claim at issue*»), sarebbe altrimenti smentita dalla possibilità, a quanto pare ammessa dalla Corte, di una legittima pretesa da parte del soggetto straniero che abbia subito un danno a causa di effetti esteri dipendenti da quelli "domestici".

gli effetti "domestici", qualora siano causa dei danni avutisi all'estero, producono la conseguenza di legittimare ("*give rise to*"), in aggiunta alla domanda avente ad oggetto quest'ultimi effetti, anche quella avanzata da soggetti stranieri in relazione agli effetti interdipendenti prodotti in altri Stati³⁸.

5. *Segue: La «prescriptive comity» come limite di diritto internazionale all'esercizio della sovranità extraterritoriale in materia di concorrenza*

a. *La cortesia internazionale considerata alla stregua di una regola di "statutory construction"*

Oltre a sottolineare l'assenza di precedenti specifici³⁹ – così sfiorando appena l'argomento riguardante il rapporto intercorrente tra l'esercizio delle funzioni di *enforcement* da parte di un'autorità amministrativa e l'attività di applicazione delle regole di concorrenza esercitata dalla magistratura su denuncia dei privati⁴⁰ – nonché l'intenzione del Congresso, quale risulta dai la-

³⁸ Tale norma costituisce evidentemente un *minus* rispetto a quella formulata dalla *Court of Appeals* nella causa *Kruman*, la quale legittimava in ogni caso una pretesa attorea avente ad oggetto effetti avutisi all'estero, a prescindere se fossero interdipendenti rispetto agli affini effetti "domestici".

³⁹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *cit. supra*, nota 1, p. 2369 ss.

⁴⁰ La Corte Suprema analizza una serie di controversie, alcune delle quali instaurate su iniziativa del governo americano, in cui lo *Sherman Act* sarebbe stato applicato – secondo gli attori – con riguardo a danni non interdipendenti prodotti all'estero. Tuttavia, essa precisa all'esito di tale indagine che «[t]he upshot is that no pre-1982 case provides significant authority for application of the Sherman Act in the circumstances we here assume». *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *cit. supra*, nota 1, p. 2371. Nell'argomentare le sue conclusioni, la Corte si sofferma – fra l'altro – sulla differenza tra attività di *antitrust enforcement* pubblica e privata, onde concludere che «[t]his difference means that the Government's ability, in these three cases, to obtain relief helpful to those injured abroad tells us little or nothing about whether this Court would have awarded similar relief at the request of private plaintiffs». *Ivi*, p. 2370. Più precisamente, la Corte Suprema osserva che «Government plaintiff, unlike a private plaintiff, must seek to obtain the relief necessary to *protect the public from further anticompetitive conduct* and to redress anticompetitive harm. And a Government plaintiff has legal authority broad enough to allow it to carry out this mission. (...) Private plaintiffs, by way of contrast, are far less likely to be able to secure broad relief». *Ivi*, p. 2370 (corsivo aggiunto). Per tale ragione si ritiene che i procedimenti su denuncia privata si distinguano dalle azioni di iniziativa governativa in quanto aventi una funzione meramente riparatoria e non di deterrenza. In questo senso, H. L. BUXBAUM, *National Courts*, *cit. supra*, nota 1, p. 1105. La Corte indugia inoltre su alcuni ulteriori aspetti evidenziati nella letteratura americana, ivi inclusa la riluttanza degli operatori privati a considerare gli interessi "sensibili" di altri Stati, allorché agiscano in giudizio per danni da concorrenza. *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *cit. supra*, nota 1, p. 2370. Si osservi infine che la Corte Suprema non menziona la già più volte citata decisione *Pfizer Inc. v. Government of India*; il che è sintomatico, se si considera che la sentenza d'appello si basava prevalentemente sulla politica di deterrenza da questa elaborata per asserire la potestà giurisdizionale statunitense. Cfr. *supra*, nota 13. Come è stato rilevato (C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign*, *cit. supra*, nota 1, p. 613), l'omissione denota il diverso ambito di applicazione della decisione in parola. Difatti, nella causa *Pfizer* non solo era differente la natura degli attori, trattandosi di Stati esteri anziché di privati, ma le operazioni commerciali, cui l'attività anticoncorrenziale era collegata, erano occorse nel territorio degli USA. Cfr. *Pfizer Inc. v. Government of India*, *cit. supra*, nota 2, p. 308: «When a foreign nation enters our commercial markets as a purchaser of goods or services, it

vori preparatori del FTAIA, volta a limitare e non già ad estendere la portata della giurisdizione statunitense⁴¹, la Corte Suprema – senz'altro persuasa dalle *amicus curiae briefs* depositate da alcuni Paesi europei, Canada e Giappone – fonda principalmente la sua decisione di non applicare il FTAIA, allorché gli effetti risentiti all'estero non siano *interdependenti* rispetto a quelli avutisi negli Stati Uniti, sull'esigenza di rispettare i principi della «prescriptive comity» nell'interpretazione dei testi legislativi ambigui, optando per una lettura che consenta di evitare «unreasonable interference with the sovereign authority of other nations»⁴². In particolare, la Corte Suprema afferma che la regola interpretativa secondo cui i testi normativi ambigui vanno interpretati in modo da evitare irragionevoli interferenze con la sovranità di altri Stati riflette principi di diritto consuetudinario⁴³. Tale regola – in base alla quale si assume, in sostanza, che il legislatore tenga sempre conto dei legittimi interessi sovrani degli Stati stranieri – fa in modo che le leggi interne, potenzialmente confliggenti, operino in armonia tra loro, «a harmony particularly needed in today's highly interdependent commercial world»⁴⁴.

La *Supreme Court* ribadisce, peraltro, il rischio oltremodo elevato di conflitti tra Stati nella materia considerata: anche quando si trovano d'accordo sulla natura illecita di una condotta anticoncorrenziale – così è, ad esempio, per i cartelli *hard-core* ("a nucleo duro")⁴⁵ – gli Stati hanno posizioni distanti

can be victimized by anticompetitive practices just as surely as a private person or a domestic State».

⁴¹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2369: «[T]he FTAIA's language and history suggest that Congress designed the FTAIA to clarify, perhaps to limit, but not to expand in any significant way, the Sherman Act's scope as applied to foreign commerce. (...) And we have found no significant indication that at the time Congress wrote this statute courts would have thought the Sherman Act applicable in these circumstances». Cfr. in senso critico, S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, cit. *supra*, nota 1, p. 291: «The relevant language for purposes of determining jurisdiction under the FTAIA is the requirement for "direct, substantial, and reasonably foreseeable effect". It is exactly that language that is shared by the Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, the FTAIA, and the accompanying House Judiciary Committee Report suggesting that an international cartel whose actions raised prices in the U.S. market would satisfy the FTAIA's jurisdictional requirements».

⁴² *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2366 (corsivo aggiunto). V. però, S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, cit. *supra*, nota 1, p. 288 ss., il quale afferma: «[T]he Supreme Court's decision to apply notions of comity to answer the question of subject matter jurisdiction under the FTAIA generally ignores Congress's intent and complicates courts' task in resolving transnational price fixing cases». (...) It therefore seems problematic that the Supreme Court would use comity principles to overrule "the more natural reading of the statutory language"».

⁴³ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2366. Si tratta di una tecnica interpretativa antica di due secoli, la cui prima formulazione risale alla sentenza *Murray v. Schooner Charming Betsy* 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804): «[A]n act of congress ought never to be construed to violate the law of nations, if any other possible construction remains».

⁴⁴ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2366.

⁴⁵ V. OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35/FINAL, 1998. In particolare, il penultimo *considerando* della Raccomandazione, adottata dal Consiglio OCSE il 25 marzo 1998, definisce i cartelli c.d. "a nucleo duro" come «the most egregious violations of competition law (...) [which] injure consumers in many countries by

in merito ai rimedi legali ritenuti più adeguati; in proposito, la Corte richiama, con un' enfasi maggiore rispetto al passato, la polemica sorta intorno ai rimedi propri del modello americano di *private antitrust enforcement*, con particolare riguardo ai *treble damages* ("danno triplo"), data la loro forte carica punitiva⁴⁶. Sulla scorta delle numerose *amicus curiae briefs* presentate da governi stranieri, tra cui Canada, Germania e Giappone⁴⁷, essa sottolinea il pericolo che l'applicazione di simili rimedi a fenomeni interamente dipanatisi all'estero possa significativamente alterare la logica del sistema sanzionatorio predisposto dalla legislazione straniera⁴⁸. Se fosse consentito a soggetti stranieri di ottenere il risarcimento del c.d. danno triplo – osserva la *Supreme Court*⁴⁹ – quando il danno prodotto all'estero fosse l'unico elemento a fondamento dell'azione, non si farebbe altro che «undermine foreign nations' own antitrust enforcement policies by diminishing foreign firms' incentive to cooperate with antitrust authorities in return for prosecutorial amnesty»⁵⁰. La Corte so-

raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others».

⁴⁶ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2368.

⁴⁷ Cfr. *Brief for the Government of Canada*, p. 14; *Brief of the Governments of the Federal Republic of Germany and Belgium*, p. 2; *Brief of the Government of Japan*, p. 10: tutti cit. *supra*, nota 12.

⁴⁸ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, loc. cit., p. 2368: «[T]o apply our remedies would unjustifiably permit their citizens [*i.e.* the citizens of foreign nations] to bypass their own less generous remedial schemes, thereby upsetting a balance of competing considerations that their own domestic antitrust laws embody».

⁴⁹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, loc. ult. cit., p. 2368.

⁵⁰ La possibilità di esercitare una *treble damage action* nei confronti di imprese comunitarie andrebbe a compromettere il regime sulle immunità e riduzione delle ammende introdotto negli anni Novanta dall'Unione europea. V. a questo proposito, la *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in *Guce* n. C 45 del 19 febbraio 2002, p. 3 ss., che ha modificato la precedente *Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese*, in *Guce* n. C 207 del 18 luglio 1996, p. 4 ss. Come noto, tale comunicazione – detta nel linguaggio corrente "*Leniency Notice*" – accorda un trattamento favorevole alle imprese che collaborano con la Commissione alle indagini sui cartelli. Essa prevede, infatti, la possibilità di soppressione o riduzione delle ammende, a determinate condizioni, per quelle imprese che, pur avendo partecipato al cartello, offrono la loro cooperazione alla scoperta dello stesso. L'obiettivo è quello di facilitare l'individuazione dei cartelli e di servire in tal modo da deterrente al parteciparvi. Per un approfondimento, cfr. M. JEPHCOTT, *The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune?*, *ECLR*, 2002, p. 378 ss. D'altro canto, un rischio analogo a quello evidenziato con riguardo alla normativa comunitaria esiste in relazione allo stesso sistema statunitense di *antitrust enforcement*, che da oltre un decennio si avvale di un efficace «*Leniency Program*». V. in tal senso, *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2370. Su tale punto, la Suprema Corte concorda, peraltro, con la posizione assunta dal Governo americano nella sua *amicus curiae brief*. V. *Brief for the United States*, cit. *supra*, nota 28, p. 19 ss.: «The court of appeals' interpretation of the FTAIA would substantially interfere with the primary enforcement of the antitrust laws by the United States Government. Price-fixing conspiracies, including those operating globally, are inherently difficult to detect and prosecute. Cooperation by one of the conspirators, through provision of documents or testimony, is often vital to law enforcement. In light of those practical realities, the Antitrust Division of the Department of Justice maintains a robust amnesty program that offers strong incentives to conspirators who voluntarily disclose their criminal conduct and cooperate with prosecutors. (...) Critically, amnesty is available only to the first conspirator to break ranks with the cartel and come forward. The incentives, transparency, and certainty of treatment

stiene, infine, con una nota contraria all'egemonia giuridica degli Stati Uniti, che è impensabile che il Congresso intenda "imporre", attraverso un «act of legal imperialism, through legislative fiat», la politica di concorrenza degli Stati Uniti ai mercati internazionali⁵¹.

b. La sentenza Hoffmann-La Roche e il Restatement (Third) of Foreign Relations Law

Un autore ha osservato che, nel decidere la controversia, la Corte Suprema si è collocata nella prospettiva suggerita dalla *Section 403* del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* (1986)⁵². Tale affermazione non ci sembra però del tutto esatta. Frutto della più alta dottrina internazionalistica americana, il *Restatement (Third)* accoglie le nuove idee sviluppatesi in materia di giurisdizione extraterritoriale, e in particolare la concezione della pretesa di sovranità estesa oltre confine come il risultato di un *duplice* giudizio di liceità internazionale, l'uno volto ad accertare l'esistenza di una base giuridica per l'avanzamento in astratto di una pretesa giurisdizionale, e l'altro, imposto ai fini del concreto esercizio della giurisdizione, fondato sulla c.d. «reasonableness»⁵³. Nel caso di specie, l'esistenza di una base ritenuta legittima dall'ordi-

established by the program set up a "winner take all" dynamic that sows tension and mistrust among cartel members and encourages defection from the cartel. The amnesty program has been extremely valuable to enforcement of the antitrust laws. The majority of the Antitrust Division's major international investigations, including the investigation of the vitamin cartel, have been advanced through cooperation of an amnesty applicant. (...) The court of appeals' interpretation of Section 6a would undermine the effectiveness of the government's amnesty program. Even those conspirators who come forward and receive amnesty from *criminal* prosecution still face exposure to private treble damage actions under 15 U.S.C. 15(a). Potential amnesty applicants therefore weigh their civil liability exposure when deciding whether to avail themselves of the government's amnesty program. The court of appeals' interpretation would tilt the scale for conspirators against seeking amnesty by expanding the scope of their potential civil liability. Faced with joint and several liability for co-conspirators' illegal acts all over the world, a conspirator could not readily quantify its potential liability. The prospect of civil liability to all global victims would provide a significant disincentive to seek amnesty from the government».

⁵¹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. *supra*, nota 1, p. 2369.

⁵² Cfr. C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign*, cit. *supra*, nota 1, p. 613 ss. Il *Restatement* non ha carattere vincolante, ma costituisce una codificazione, per quanto prestigiosa, di mero valore dottrinale. V. A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione. Contributo allo studio dei fenomeni di extraterritorialità nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1995, p. 112: «Per quanto il *Restatement*, in astratto, non rappresenti altro che il tentativo, sul piano scientifico, di raccogliere e presentare, in maniera sistematica, gli indirizzi prevalenti in materia internazionalistica, il suo impatto sulla successiva evoluzione dottrinale è senza dubbio molto rilevante. Prova ne sia il fatto che, molto spesso, il *Restatement* costituisce l'unica fonte dottrinale cui i tribunali statunitensi attingono nell'affrontare e risolvere questioni che presentino una valenza internazionalistica».

⁵³ Il § 403 del *Restatement (Third)*, sotto la rubrica «Limitations on Jurisdiction to Prescribe», recita testualmente: «(1) Even when one of the bases of jurisdiction [to prescribe] under § 402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is *unreasonable* (...)» (corsivo aggiunto).

La questione se l'esercizio della giurisdizione sia ragionevole deve essere affrontata alla luce di una serie di fattori rilevanti che includono elementi fattuali e interessi di natura privatistica, ma

namento internazionale andava valutata alla luce in particolare del criterio dell'effetto sostanziale di cui al § 402(c), trattandosi di una condotta anticoncorrenziale straniera produttiva di (paralleli) effetti negli USA. Del resto, il criterio in parola è specificamente richiamato in materia di concorrenza dalla *Section 6* dello *Sherman Act*, così come modificata dal FTAIA⁵⁴. In omaggio a quanto stabilito dal *Restatement*, la Corte Suprema avrebbe quindi dovuto prima accertare l'applicabilità del FTAIA, cioè determinare la legittimità (o, se si vuole, l'esistenza) della giurisdizione statunitense (*statutory jurisdiction*), e successivamente porsi il problema circa l'opportunità di esercitarla, secondo i principi della cortesia internazionale incorporati nel concetto di ragionevolezza della pretesa giurisdizionale⁵⁵. Tuttavia, si è visto come la Corte abbia fondato la sua decisione di non applicare il FTAIA sull'esigenza di rispettare i principi della *comity*⁵⁶, finendo così per confondere il piano della *comity analysis* con quello volto ad accertare l'esistenza della giurisdizione del foro⁵⁷. In realtà, se si fosse attenuta al *Restatement (Third)*, muovendosi lungo le sue linee direttrici, la Corte Suprema si sarebbe forse astenuta dall'asserire la propria giurisdizione nel merito, senza alcuna necessità di ricorrere a valutazioni in termini di cortesia internazionale, per la semplice mancanza di un valido titolo giurisdizionale, dato che gli effetti "domestici" non costituivano l'oggetto della domanda, né il "*foreign harm*" appariva intercon-

soprattutto interessi di natura statale, come l'esistenza di interessi regolatori concorrenti da parte di altri Stati e l'importanza della regolamentazione per lo Stato regolatore, nonché interessi della comunità internazionale nel suo complesso, come la probabilità che insorgano conflitti di giurisdizione. È stato sottolineato (A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. supra, nota 52, p. 115) che l'estrema eterogeneità del *test* suggerito dal *Restatement* appalesa una tecnica, peraltro già impiegata dal *Restatement (Second)*, volta alla compenetrazione di concetti internazionale-privatistici nel tessuto del diritto internazionale. Cfr. *infra*, nota 64. Per un trattamento esauriente delle questioni di extraterritorialità affrontate dal *Restatement* si veda K. HIXSON, *Extraterritorial Jurisdiction Under the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States*, in *Fordham ILJ*, 1988, p. 127 ss.

⁵⁴ V. supra, par. 1.

⁵⁵ Cfr. H. G. MAIER, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*, *AJIL*, 1982, p. 281 in nota: «[C]omity does not come into play at all unless a nation has a legitimate basis in international law for asserting jurisdiction in the first place». Cfr. pure la sentenza *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 798 (1993), *sub* nota 24: «[T]he Sherman Act covers foreign conduct producing a substantial intended effect in the United States, and that concerns of comity come into play, if at all, only after a court has determined that the acts complained of are subject to Sherman Act jurisdiction».

⁵⁶ Vd. S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, cit. supra, nota 1, p. 286: «The international legal doctrine of comity underpinned and qualified the entire Empagran decision. Insofar as the Supreme Court's decision addressed the disputed interpretive issues from the Fifth and Second Circuits, it did so with the proviso that its decision was based on notions of comity». Tale studioso, tuttavia, giudica negativamente il fatto che «[u]nder the Court's theory in *Empagran*, the initial inquiry into any statute would be the laws and interests of foreign nations, rather than statutory language or the authority of House Judiciary Committee Reports». Tanto che, a suo dire, «[t]he Court subordinated the statute's meaning to the interests of foreign governments». *Ivi*, p. 289, 292.

⁵⁷ In senso analogo, F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, cit. supra, nota 1, p. 292: «The Empagran decision confused comity jurisprudence while lending little clarity to the difficult debate about the FTAIA's jurisdictional reach».

nesso e dipendente dai primi⁵⁸. Non può peraltro sottacersi che la *Supreme Court* avrebbe ottenuto gli stessi risultati se avesse applicato la c.d. «teoria della connessione stretta»⁵⁹, negando la potestà giurisdizionale degli Stati Uniti in una controversia priva di *significativo collegamento* con il territorio americano. In un'ottica siffatta, la interdipendenza degli effetti esteri di un cartello globale rispetto a quelli interni altro non rappresenta che la circostanza fattuale da cui desumere la «connessione stretta» della controversia con l'ordinamento statunitense, in quanto tale idonea a rendere internazionalmente *lecita* la pretesa giurisdizionale americana. Poiché la suddetta teoria nulla ci dice riguardo alla *ragionevolezza* della pretesa stessa, essendo rivolta ad accertare semplicemente l'esistenza della giurisdizione, nell'ipotesi di effetti interdipendenti su mercati diversi sarebbe sempre salva la possibilità di valutare l'opportunità di esercitarla⁶⁰.

⁵⁸ La scelta della Corte Suprema di non orientarsi in questa direzione è con ogni probabilità dovuta alla difficoltà di ignorare l'incidenza della condotta straniera sul mercato americano, cioè di considerare esclusa la giurisdizione statunitense pur in presenza di effetti negli USA, ancorché estranei alla *cause of action*. Tale difficoltà deriva a nostro avviso dal fatto che il *Restatement (Third)*, nel tentativo di offrire un paradigma interpretativo, non ha formulato regole *ad hoc* in ciascuno dei settori in cui si verificano fenomeni di extraterritorialità, compreso il settore della concorrenza, ma ha disegnato categorie generali ed onnicomprensive di giurisdizione, non sempre aderenti alla prassi. Di conseguenza, nell'enunciare il criterio dell'effetto sostanziale nel territorio, esso non distingue affatto in materia *antitrust* tra azioni di iniziativa governativa e privata. In effetti, in base alla *Section 6a(1) FTALA* – così come interpretata e integrata in *Hoffmann-La Roche* (v. *supra*, par. 3 e 4) – se nell'attività amministrativa di *enforcement* può essere sufficiente, ai fini dell'azionamento della potestà giurisdizionale, il prodursi di effetti negli Stati Uniti, salvo accertare poi la ragionevolezza dell'esercizio in concreto della giurisdizione, nella *private antitrust litigation* deve verificarsi l'ulteriore condizione che gli effetti domestici costituiscano l'oggetto della domanda attorea, oppure, nell'eventualità di azioni proposte da stranieri, siano quanto meno interdipendenti rispetto agli effetti esteri dedotti nella domanda stessa. Ma di tutto ciò non vi è traccia alcuna nel *Restatement*. Per una critica generale alle scelte di teorizzazione e classificazione delle questioni giurisdizionali operate dal *Restatement*, cfr. K. M. MEESSEN, *Conflicts of Jurisdiction Under the New Restatement*, in *L. & Contemp. Probs.*, 1987, p. 52. V. altresì, A. BIANCHI, *L'applicazione*, *cit. supra*, nota 52, p. 136.

⁵⁹ Tale teoria subordina la valutazione di liceità internazionale della pretesa giurisdizionale al preventivo accertamento di una connessione stretta («*close connection*») tra la fattispecie regolata, *rectius* l'evento o la condotta che si intende regolare, e lo Stato regolatore. Nonostante sia possibile rintracciare nella dottrina diverse varianti di questa teoria, è indubbio che il merito di averla presentata e resa nota per la prima volta in forma sistematica spetta a F. A. P. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *111 Recueil des Cours*, 1964, I, p. 160 ss., a cui non si può disconoscere il ruolo di ispiratore di molti e importanti contributi successivamente elaborati da altri autori. Cfr. al riguardo, A. BIANCHI, *L'applicazione*, *cit. supra*, nota 52, p. 63 ss.

⁶⁰ Di contro, il pericolo insito nello schema argomentativo adottato dalla Corte Suprema in *Hoffmann-La Roche* è quello di "privare" i giudici americani, una volta accertata l'eventuale interdipendenza degli effetti sui diversi mercati, degli strumenti propri della cortesia internazionale. Difatti, l'affermazione secondo cui non è ragionevole esercitare la giurisdizione in caso di effetti interdipendenti, potrebbe essere interpretata *a contrario* come un'implicita ammissione circa la ragionevolezza del suo esercizio in presenza di effetti interdipendenti. Si giungerebbe allora al paradosso in base al quale, in sede di *private antitrust enforcement*, la giurisdizione sarebbe sempre ammessa – finanche in presenza di un vero e proprio conflitto giurisdizionale – con riguardo alle controversie che presentano un nesso meno stretto con l'ordinamento statunitense, vale a dire aventi ad oggetto effetti *esteri* interdipendenti, mentre nell'ipotesi di azioni concernenti gli effetti *domestici* di una condotta straniera, e dunque nell'ambito di controversie più significativamente connesse con gli Stati Uniti, sarebbe comunque necessario accertare l'*inesistenza* di un "*true conflict*", secondo quanto postulato dalla sentenza *Hartford Fire*.

c. *La portata innovativa del concetto di «comity» accolto dalla Corte Suprema*

Si è notato in dottrina che la decisione *Hoffmann-La Roche* segnala un rinnovato interesse della Corte Suprema nell'utilizzo dei principi della «*international comity*» (altrimenti detta «*comity of nations*») ⁶¹, allo scopo di contenere la portata extraterritoriale del diritto americano sulla concorrenza ⁶². Come è noto, la sentenza *Timberlane* aveva sancito nel 1976 l'introduzione nella prassi giudiziaria statunitense di uno *standard* di "ragionevolezza" nell'esercizio della potestà giurisdizionale ⁶³. Infatti, basandosi sui concetti già espressi dal § 40 del *Restatement (Second) of Foreign Relations Law* (1965) ⁶⁴, la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* aveva sottolineato l'esigenza di bilanciare gli interessi statunitensi, posti in rilievo dalle conseguenze della condot-

⁶¹ Il concetto di *comity*, sviluppato nel XVII secolo dal giurista olandese U. HUBER in *de Conflictu Legum*, serviva a giustificare le situazioni in cui gli Stati sovrani, dotati di un potere esclusivo sul proprio territorio, decidevano di riconoscere ed eventualmente dare esecuzione nel proprio ambito territoriale alle leggi di altri Stati. Successivamente adottato dai Paesi di *common law* per la soluzione dei casi di diritto internazionale privato, il concetto di *comity*, soprattutto per merito dell'opera compiuta da J. STORY nel suo trattato *Commentaries on the Conflict of Laws* (Boston, 1834), ha assunto una valenza autonoma nella giurisprudenza di diritto internazionale privato. In generale la sua applicazione è correlata alla riconosciuta importanza di tenere conto di eventuali ripercussioni internazionali delle decisioni dei tribunali interni in casi che presentino elementi di estraneità. Per quanto attiene alle questioni più propriamente giurisdizionali, la "*international comity doctrine*" rileva come un principio di "prudenza giurisprudenziale", piuttosto che come una regola giuridica vera e propria, rivolto in ultima analisi a realizzare il fine primario di tutelare interessi generali della comunità internazionale, quali il mantenimento di relazioni amichevoli tra gli Stati. In particolare, negli scritti dei suoi più moderni fautori, tra i quali si distingue H. G. MAIER (*Extraterritorial*, cit. *supra*, nota 55, p. 280 ss.), il concetto di *comity* rappresenterebbe, in assenza di norme sostanziali idonee a risolvere altrimenti il conflitto tra pretese giurisdizionali concorrenti, lo strumento più adatto a giudicare, caso per caso, ad opera dei tribunali interni, se l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato del foro sia opportuno. Sul concetto di cortesia internazionale si vedano le considerazioni svolte da A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. *supra*, nota 52, p. 122 ss. Cfr. altresì, H. G. MAIER, *Jurisdictional Rules in Customary International Law*, in K. M. MEESSEN, *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 64 ss.

⁶² Cfr. H. L. BUXBAUM, *National Courts*, cit. *supra*, nota 1, p. 1101.

⁶³ *Timberlane Lumber v. Bank of America, N.T. & S.A.*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976). Tale impostazione fu successivamente avallata dalla Corte Suprema in *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court*, 107, S. Ct. 2542 (1987).

⁶⁴ A seguito dell'elaborazione dottrinale delle questioni giurisdizionali nel diritto internazionale privato, ad opera della letteratura statunitense, si è manifestata la tendenza ad inquadrare il problema della extraterritorialità nel diritto internazionale attraverso gli strumenti tipici utilizzati sul piano del diritto interno in materia di conflitto di leggi. Infatti, il § 40 del *Restatement (Second)* prevedeva, ancorché non in termini espliciti, che in caso di legittime pretese giurisdizionali concorrenti ciascuno Stato dovesse, secondo il diritto internazionale, considerare in buona fede l'opportunità di limitare l'esercizio della giurisdizione esecutiva alla luce di una serie di fattori tra cui gli interessi vitali degli Stati coinvolti; la natura e la portata delle conseguenze sfavorevoli che la sottoposizione a comandi confliggenti poteva comportare per gli individui interessati; la nazionalità di questi ultimi; la misura in cui la condotta richiesta avrebbe dovuto aver luogo nel territorio di un altro Stato; e, infine, la misura in cui sarebbe stato ragionevole attendersi che l'esecuzione coattiva del comando avrebbe comportato l'effettiva osservanza della norma in questione. Del resto, il parallelismo con la dottrina internazionaleprivatistica era stato evidenziato dagli stessi redattori del *Restatement*. Cfr. A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. *supra*, nota 52, p. 98, 102 ss.

ta anticoncorrenziale, con quelli eventuali di Stati terzi, in omaggio ai principi della "cortesia internazionale"⁶⁵. Tale nuova regola, detta del «bilanciamento degli interessi» (in inglese, «interest balancing rule») – ma formulata già negli anni Cinquanta sotto il nome di «jurisdictional rule of reason»⁶⁶ – mirava a stabilire se gli interessi americani in gioco ed il legame della fattispecie materiale con il territorio degli USA fossero tali da legittimare l'esercizio di sovranità extraterritoriale⁶⁷. Ne era derivato un approccio innovativo al concetto di extraterritorialità, caratterizzato da un requisito di moderazione, o da una sorta di "autolimitazione", nell'esercizio della giurisdizione, avendo la Corte federale considerato il principio del bilanciamento alla stregua di una semplice cautela da usare in via giudiziaria per evitare attriti e tensioni con Stati stranieri scaturiti dall'applicazione extraterritoriale delle regole di concorrenza⁶⁸.

⁶⁵ Secondo A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. supra, nota 52, p. 108, «il caso Timberlane, anche se non del tutto chiaramente, sembra fondar[e la regola di ragionevolezza] su un principio di cortesia e correttezza internazionale che imporrebbe allo Stato del foro di commisurare il proprio interesse a quello degli altri Stati al fine di determinare l'opportunità dell'esercizio della giurisdizione».

⁶⁶ K. BREWSTER, *Antitrust and American Business Abroad*, New York, McGraw-Hill, 1958, p. 301 ss. La regola del *balance of interests* sviluppata dalla dottrina americana, soprattutto grazie alla sistemizzazione concettuale operata da A. F. LOWENFELD, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction*, in 163 RC, 1979, II, p. 315 ss., è stata parzialmente recepita anche nella dottrina europea. Cfr. K. M. MEESSEN, *Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law*, AJIL, 1984, p. 783 ss., la cui variante all'approccio basato sul bilanciamento degli interessi è nota come la teoria dell'«enlightened self-interest». V. A. BIANCHI, *L'applicazione*, loc. cit., p. 102, 109 ss., 134 ss.

⁶⁷ La Corte formulò con la sentenza *Timberlane* una lista di sette fattori determinanti per la decisione: «The elements to be weighed include the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad. A court evaluating these factors should identify the potential degree of conflict if American authority is asserted (...). Having assessed the conflict, the court should then determine whether in the face of it the contacts and interests of the United States are sufficient to support the exercise of extraterritorial jurisdiction». V. *Timberlane Lumber*, cit. supra, nota 63, p. 614 ss. Tale lista è stata rivista e leggermente modificata in *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp.* 595 F.2d 1287 (3rd Circ. 1979).

⁶⁸ Nel dibattito che seguì alla pubblicazione del *Restatement (Second)*, non sfuggì alla dottrina americana che i fattori richiesti dal § 40 non risalivano ad alcuna norma internazionale, né consuetudinaria né convenzionale. Del resto, lo stesso BREWSTER non aveva considerato il bilanciamento degli interessi come l'applicazione di una norma internazionale, ma semplicemente come una tecnica di prudenza giurisprudenziale che i giudici avrebbero dovuto applicare quando il rischio di tensioni internazionali dovute all'esercizio della giurisdizione fosse stato eccessivo. Quanto alla giurisprudenza statunitense, cfr. soprattutto la sentenza *Laker Airways Ltd. v. Sabena*, 731 F.2d 909, 950 (D.C. Cir. 1984), in cui si afferma espressamente che «there is no evidence that interest balancing represents a rule of international law». La determinazione della ragionevolezza della pretesa giurisdizionale si presenta invece come il contenuto di una vera e propria norma giuridica, e non già come il riflesso di un principio generale di cortesia internazionale, nell'analisi proposta da A. F. LOWENFELD, *Public Law*, loc. cit., p. 315 ss., la quale ha peraltro largamente ispirato la codificazione del *Restatement (Third)*. Cfr. A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. supra, nota 52, p. 102, 111, 135 ss. Per un orientamento simile nella dottrina europea si veda K. M. MEESSEN, *Antitrust*, cit. supra, nota 66, p. 783 ss., la cui posizione si discosta dalla regola dell'*interest balancing*, così come individuata nella letteratura americana e codificata nel *Restatement (Third)*, per la natura degli

Sennonché la pronuncia della Corte Suprema nella causa *Hartford Fire Insurance Co. v. California (Insurance Antitrust Case)*⁶⁹ – la quale ha rappresentato la prima occasione in cui essa è stata chiamata ad applicare il c.d. «*effects test*» introdotto nella prassi americana a seguito della sentenza *Alcoa* – ha contribuito ad alimentare l'opinione secondo cui la dottrina della «comity» aveva ormai perso d'importanza, tanto da indurre alcuni studiosi a parlare di un "declino" della stessa⁷⁰. In quella controversia la Corte, dopo aver precisato che il FTAIA non chiarisce se un tribunale che abbia giurisdizione nel merito debba mai astenersi dal farne esercizio per ragioni di cortesia internazionale⁷¹, ha evitato di fornire una risposta al quesito, osservando che la questione era comunque irrilevante ai fini di causa, in quanto la *international comity* non avrebbe suggerito, date le particolari circostanze del caso, una soluzione

interessi oggetto della ponderazione richiesta dalla presunta norma internazionale. Infatti, mentre nel *Restatement* il bilanciamento riguarda interessi di natura eterogenea, MEESEN sostiene l'esclusiva rilevanza degli interessi sovrani, in quanto i soli ad essere tutelati dal diritto internazionale. In questo contesto si inserisce la critica di MEESEN alla *rule of reason* formulata nel *Restatement (Third)*, ritenuta un principio di diritto internazionale privato americano, alla stessa stregua del concetto di *comity*, anziché una regola internazionale, vista l'impossibilità di enucleare uno *standard internazionale* di ragionevolezza da una prassi troppo variegata. V. K. M. MEESEN, *Conflicts*, cit. supra, nota 58, p. 47 ss. Cfr. altresì, A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. supra, nota 52, p. 135 ss.

⁶⁹ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993). Per un commento sulla decisione della *Supreme Court*, v. A. F. LOWENFELD, *Jurisdictional Issues Before National Courts: The Insurance Antitrust Case*, in K. M. MEESEN, *Extraterritorial*, cit. supra, nota 61, p. 1 ss.; L. KRAMER, *Extraterritorial Application of American Law after the Insurance Antitrust Case: A Reply to Professors Lowenfeld and Trimble*, *AJIL*, 1995, p. 750 ss.; A. F. LOWENFELD, *Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, *AJIL*, 1995, p. 42 ss.; J. A. TRENOR, *Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws After Hartford Fire*, in *University of Chicago LR*, 1995, p. 1583 ss.; P. R. TRIMBLE, *The Supreme Court and International Law: The Demise of Restatement Section 403*, *AJIL*, 1995, 53 ss.; R. C. REULAND, *Hartford Fire Ins. Co., Comity, and the Extraterritorial Reach of United States Antitrust Law*, in *Texas ILJ*, 1994, p. 159 ss.; A. ROBERTSON - M. DEMETRIOU, *But That Was in Another Country ...: The Extraterritorial Application of US Antitrust Laws in the US Supreme Court*, *ICLQ*, 1994, p. 417 ss.; R. P. ALFORD, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, in *Virginia JIL*, 1993, p. 213 ss.

⁷⁰ Così, S. W. WALLER, *The Twilight of Comity*, in *Columbia JTL*, 2000, p. 563 ss. V. inoltre, S. K. MEHRA, *Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Mith of International Consensus*, in *Duke JCIL*, 1999, p. 191 ss., spec. p. 196, 206 e 211; e, più recentemente, S. K. MEHRA, *Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases*, in *Columbia JTL*, 2002, p. 275. Mentre nella causa *Hartford Fire* la Corte Suprema si era astenuta dallo stabilire se una valutazione relativa alla «comity» fosse in concreto necessaria – data l'assenza di un conflitto tra la legislazione americana e quella straniera che giustificasse una siffatta valutazione – lasciando così aperta la questione circa l'applicabilità dei principi della cortesia internazionale allo *Sherman Act*, non mancano nella successiva giurisprudenza di merito alcune prese di posizione assai più restrittive in merito alla rilevanza giuridica della *comity*. Cfr. tra le altre, la sentenza *United States v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1997), ove la *Court of Appeals for the First Circuit* qualifica la «[c]omity [a]s more an aspiration than a fixed rule, more a matter of grace than a matter of obligation».

⁷¹ Nella sentenza *Hartford Fire* (509 U.S. 764, 798) si legge: «When it enacted the (FTAIA), Congress expressed no view on the question whether a court with Sherman Act jurisdiction should ever decline to exercise such jurisdiction on grounds of international comity. We need not decide that question here». Viene all'uopo citato, quindi, un passo della sentenza *Timberlane*: «(i)f a court determines that the requirements for subject matter jurisdiction are met [the FTAIA] would have no effect on the court's ability to employ notions of comity (...) or otherwise to take account of the international character of the transaction».

negativa in merito all'esercizio del potere giurisdizionale⁷². In verità, la Corte si è limitata a sostenere, citando un precedente della Corte Distrettuale dell'Iowa⁷³, che «[t]he only substantial question in this litigation is whether "there is, in fact, a true conflict between domestic and foreign law"»⁷⁴. Tuttavia, perché si possa ravvisare un "true conflict", in virtù del quale *eventualmente* convincersi, sulla base della *comitas gentium*, a non azionare il potere giurisdizionale, non basta secondo la Corte Suprema che una condotta sia ritenuta legittima (o persino incoraggiata) dallo Stato in cui ebbe luogo; occorre viceversa che il diritto dello Stato straniero abbia più specificamente *imposto* alle imprese nazionali, convenute in giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria americana, di operare in modo *incompatibile* con le leggi statunitensi, o che non sia comunque possibile agire in conformità ad entrambe le normative interne⁷⁵. Sicché la sentenza *Hartford Fire*, come è stato acutamente rimarcato, «seems to equate "conflict" with "foreign compulsion"»⁷⁶; ma «la Suprema

⁷² *Hartford Fire Insurance Co.*, cit. supra, nota 71, p. 798: «[F]or even assuming that, in a proper case, a court may decline to exercise Sherman Act jurisdiction over foreign conduct (...), international comity would not counsel against exercising jurisdiction in the circumstances alleged here». Ma nella sua *dissenting opinion* il Giudice Scalia fa preciso riferimento all'*international comity* come ad un principio prescrittivo e non già a valenza facoltativa. Nel richiamare precedenti sentenze dei tribunali di merito, concernenti l'extraterritorialità dello *Sherman Act*, egli afferma infatti quanto segue: «The "comity" they refer to is not the comity of courts, whereby judges decline to exercise jurisdiction over matters more appropriately adjudged elsewhere, but rather what might be termed "prescriptive comity": the respect sovereign nations afford each other by limiting the reach of their laws».

⁷³ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States*, Dist. Court for Southern Dist. of Iowa, 482 U.S. 522, 555 (1987).

⁷⁴ *Hartford Fire Insurance Co.*, loc. cit., p. 798. Si è così instaurata una sorta di parallelismo rispetto alla giurisprudenza comunitaria. Cfr. al riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in cause riunite n. 89, n. 104, n. 116, n. 117 e da n. 125 a n. 129/85, *Wood Pulp*, in *Raccolta*, 1988, p. 5193 ss.; nonché la più recente sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999 in causa n. 102/96, *Gencor Ltd.*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 753 ss. In entrambi i casi gli organi di giustizia comunitari hanno preferito aggirare la questione circa l'esistenza nel diritto internazionale di un «principio di non intervento» in materia di concorrenza, limitandosi a constatare che i presupposti per la sua applicazione in ogni caso non sussistevano, data la mancanza di un *conflitto di competenze*, non essendovi contraddizione fra il comportamento prescritto dall'Unione europea e quello prescritto dall'altro Stato.

⁷⁵ *Hartford Fire Insurance Co.*, loc. ult. cit., p. 799: «[T]he fact that conduct is lawful in the state in which it took place will not, of itself, bar application of the United States antitrust laws", even where the foreign state has a strong policy to permit or encourage such conduct. (...) No conflict exists, for these purposes, "where a person subject to regulation by two states can comply with the laws of both". (...) [The conflict exists when foreign law requires foreign companies] to act in some fashion prohibited by the law of the United States] or [foreign companies] claim that their compliance with the laws of both countries is otherwise impossible». Cfr. pure le osservazioni di Justice Selya riguardo alla sentenza *Hartford Fire* in causa *United States v. Nippon*, cit. supra, nota 70, p. 8: «[The Supreme] Court suggested that comity concerns would operate to defeat the exercise of jurisdiction only in those few cases in which the law of the foreign sovereign required a defendant to act in a manner incompatible with the Sherman Act or in which full compliance with both statutory schemes was impossible» (corsivo aggiunto). L'"insanabilità" del conflitto giurisdizionale vero e proprio è messa in particolare evidenza in *In re Maxwell Communication Corp.*, 93 F.3d 1036, 1050 (2d Cir. 1996): «[W]hat [i]s required to establish a true conflict [i]s an allegation that compliance with the regulatory laws of both countries would be impossible».

⁷⁶ In questi termini, A. F. LOWENFELD, *Conflict*, cit. supra, nota 69, p. 46.

Corte nella discutibile scelta di non qualificare la controversia come un vero e proprio conflitto giurisdizionale equiparando la nozione di conflitto a quella di *foreign compulsion*, ha finito per non affrontare la questione di come un eventuale conflitto avrebbe dovuto essere risolto⁷⁷. In sostanza, la sentenza *Hartford Fire*, lungi dal soddisfare le attese di un'autorevole dottrina⁷⁸, precisa soltanto il tipo di situazioni – che essa interpreta peraltro in maniera assai restrittiva⁷⁹ – in cui la cortesia internazionale *potrebbe* rilevare, senza nulla aggiungere riguardo alla sua effettiva esistenza, né tanto meno alle sue concrete modalità di funzionamento⁸⁰.

La sentenza *Hoffmann-La Roche* è stata salutata positivamente per aver abbandonato l'approccio riduttivo nei confronti della *international comity* che aveva caratterizzato la precedente giurisprudenza della *Supreme Court*⁸¹. Di-

⁷⁷ Così, A. BIANCHI, *L'applicazione*, cit. supra, nota 52, p. 130 in nota.

⁷⁸ Cfr. A. F. LOWENFELD, *Conflict*, cit. supra, nota 69, p. 45: «When the Supreme Court granted certiorari (...) there was high expectations that the Court would use the opportunity to spell out its views on the reach of U.S. regulatory jurisdiction, on the Timberlane factors or some alternative version, on the relation of international law to domestic law in this area, and possibly on a definition of "comity" going beyond what the Court had said in *Hilton v. Guyot* a century ago. Nothing like this came out in the prevailing opinion». Per completezza giova ricordare che, secondo la sentenza della Corte Suprema in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), «"comity" in the legal sense is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of more courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international comity and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws».

⁷⁹ Cfr. in proposito, le obiezioni mosse da A. F. LOWENFELD, *Conflict*, loc. cit., p. 47 ss. Si veda, inoltre, R. P. ALFORD, *The Extraterritorial*, cit. supra, nota 69, p. 221: «[T]he Court interpreted international comity quite narrowly, finding that the "only substantial question" to consider in introducing comity considerations is whether "there is in fact a true conflict between domestic and foreign law"». Cfr. altresì, S. K. MEHRA, *Extraterritorial*, cit. supra, nota 70, p. 193: «Without definitively concluding that comity was necessarily a judicial concern, the Court narrowed the comity inquiry to the sole question of whether U.S. law prohibits what foreign law requires».

⁸⁰ Non è chiaro, invero, se nell'ipotesi di *true conflict*, l'eventuale esistenza di un principio di cortesia nel diritto internazionale imponga alle Corti americane di rinunciare *ipso facto* all'esercizio della giurisdizione, ovvero di operare un ulteriore giudizio di valore basato sul bilanciamento degli interessi. A. F. LOWENFELD, *Conflict*, loc. ult. cit., p. 46, nel suo commento alla sentenza *Hartford Fire*, afferma: «(...) if in a future instance a true conflict were found to exist – there would still need to be a way to resolve the conflict. I suspect that some form of evaluation of the respective interests of the concerned states could not be avoided». Cfr. pure R. P. ALFORD, *The Extraterritorial*, loc. cit., p. 224. Indicazioni in senso analogo sono a volte ricavabili dalla prassi giudiziaria americana. Così, ad es., nella causa *Filetech S.A.R.L. v. France Telecom*, 978 F. Supp. 464, 478 (S.D.N.Y. 1997), «[t]he court determined, on the basis of Supreme Court precedent and earlier cases in this Circuit, that (1) "a party seeking the dismissal of a Sherman Act case on the ground of international comity must first demonstrate that a true conflict exists between the Sherman Act and relevant foreign law"; and (2) "that, once the threshold barrier of conflict of law is passed, comity analysis in this circuit looks to the same factors described by the Ninth Circuit in the Timberlane cases and in the Restatement"». Cfr. *Filetech S.A.R.L. v. France Telecom*, 157 F.3d 922, 932 (2d. Cir. 1998).

⁸¹ V. per tutti, H. L. BUXBAUM, *National Courts*, cit. supra, nota 1, p. 1102. *Contra*, S. F. HALABI, *The "Comity" of Empagran*, cit. supra, nota 1, p. 292: «[T]he doctrine of comity is becoming increasingly antiquated in the context of a globalized economy. While such analyses are important, as an initial matter the Court should seize its next opportunity to address the language of the FTAIA. The Court should provide an interpretation that relies on Congress' intent regarding the reach of antitrust law, rather than on the goals of foreign legislatures».

fatti, nella controversia *Empagran* la Corte rifiuta un metodo discrezionale che si basi su un *balancing test* condotto caso per caso⁸², affermando a chiare lettere che, «where foreign injury is independent of domestic effects», «[the] principles of prescriptive comity counsel against the Court of Appeals' interpretation of the FTAIA»⁸³. D'altronde, l'aspetto più innovativo della decisione in commento consiste proprio nell'esplicito richiamo alla «prescriptive comity». Esso sancisce, infatti, l'accoglimento di una nozione di *comity* intesa non più come un principio facoltativo⁸⁴, ossia come una tecnica di mera prudenza giurisprudenziale, ma come un principio a valenza prescrittiva, imposto dal diritto internazionale consuetudinario. Se nella causa *Hartford Fire* il giudice Scalia era stato il solo, nella sua *dissenting opinion*, a fare riferimento all'*international comity* come ad un precetto vincolante⁸⁵, essendo egli convinto che l'opinione sostenuta dal collegio giudicante avrebbe condotto «the Sherman Act and other laws into sharp and unnecessary conflict with the legitimate interests of other countries – particularly [the United States'] closest trading partners»⁸⁶, in *Hoffmann-La Roche* è la maggioranza dei giudici ad attribuire rilevanza, nell'avocazione del potere giurisdizionale, agli interessi concorrenti di altri Stati⁸⁷. Per tali ragioni, la sentenza *Hoffmann-La Roche* può essere considerata un notevole passo in avanti nella giurisprudenza della Corte Suprema relativa all'applicazione extraterritoriale del diritto *antitrust* statunitense.

⁸² *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *cit. supra*, nota 1, p. 2368 ss.: «Respondents alternatively argue that comity does not demand an interpretation of the FTAIA that would exclude independent foreign injury cases *across the board*. Rather, courts can take (and sometimes have taken) account of comity considerations case by case, abstaining where comity considerations so dictate. (...) In our view, however, this approach is too complex to prove workable. (...) The legally and economically technical nature of that enterprise means lengthier proceedings, appeals, and more proceedings' to the point where procedural costs and delays could themselves threaten interference with a foreign nation's ability to maintain the integrity of its own antitrust enforcement system. (...) How could a court seriously interested in resolving so empirical a matter – a matter potentially related to impact on foreign interests – do so simply and expeditiously?».

⁸³ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *loc. cit.*, p. 2369.

⁸⁴ Spiega efficacemente G. B. BORN (*A Reappraisal of the Extraterritorial Reach of U.S. Law*, *LPIB*, 1992, p. 20): «The Doctrine was generally characterized as a principle of deference to, or respect for, foreign sovereignty; it was typically regarded as something less than a strict legal rule or obligation, but something more than mere courtesy, although nobody got much more specific than this». Cfr. altresì, H. G. MAIER, *Extraterritorial*, *cit. supra*, nota 55, p. 281: «The doctrine of comity is not a rule of public international law». Si veda da ultimo *supra*, nota 61.

⁸⁵ *V. supra*, nota 71.

⁸⁶ *Hartford Fire Insurance Co.*, *cit. supra*, nota 71, p. 820.

⁸⁷ Nella sua *concurring opinion*, Justice Scalia ribadisce che l'interpretazione accolta è l'unica coerente alla consuetudine internazionale di non ingerirsi nell'applicazione che altri Stati facciano delle proprie leggi sul loro territorio; alla *concurring opinion* si associa anche Justice Thomas.

d. *L'incidenza della sentenza Hoffmann-La Roche sulla giurisprudenza Hartford Fire*

Si rende necessaria, a questo punto, qualche riflessione sulla portata della sentenza in esame e, segnatamente, sulla misura in cui essa ha inciso sulla giurisprudenza *Hartford Fire*. Come sappiamo, nella causa *Hoffmann-La Roche* la domanda degli attori riguarda gli effetti di una pratica anticoncorrenziale straniera sul commercio "estero" (cioè di Paesi terzi). Sotto questo aspetto, tale controversia si differenzia nettamente dalla causa *Hartford Fire*, nella quale si agiva in giudizio sulla base degli effetti prodottisi sulle importazioni negli Stati Uniti⁸⁸. Non c'è dubbio, pertanto, che la regola interpretativa introdotta dalla sentenza *Hoffmann-La Roche* abbia sostituito il metodo del «*true conflict*», utilizzato nella causa *Hartford Fire*, con solo riguardo ai procedimenti *antitrust* relativi ad effetti anticoncorrenziali avutisi su mercati stranieri⁸⁹.

È utile indicare, a sostegno della nostra opinione, alcuni dati letterali ricavabili dalla pronuncia della Corte nella causa *Empagran*. Prima di tutto, è la stessa *Supreme Court* a limitare espressamente la propria decisione alle situazioni nelle quali la pretesa attorea scaturisca da effetti esteri⁹⁰; del resto, essa utilizza ripetutamente l'espressione «*independent foreign harm*»⁹¹. In secondo luogo, nella sentenza in commento vi è un passaggio – in cui si afferma, in sostanza, che il principio della non interferenza non è affatto assoluto – la cui lettura si presta a confermare l'orientamento seguito dalla Corte in relazione alle pretese scaturenti dagli effetti "domestici" di una condotta anticompetitiva⁹². Difatti, secondo la Corte Suprema i testi normativi ambigui vanno interpretati in modo da evitare *irragionevoli* interferenze con la sovranità di altri Stati. In proposito, essa precisa: «No one denies that America's antitrust laws, when applied to foreign conduct, can interfere with a foreign nation's ability independently to regulate its own commercial affairs. But our courts have long held that application of our antitrust laws to foreign anticompetitive conduct is nonetheless reasonable, and hence consistent with principles of prescriptive comity, insofar as they reflect a legislative effort to redress *domestic* antitrust injury that foreign anticompetitive conduct has caused»⁹³.

⁸⁸ V. P. AREEDA - H. HOVENCAMP, *Antitrust Law*, cit. supra, nota 17, § 273.

⁸⁹ Sicché in tali procedimenti la giurisdizione nel merito sarà d'ora innanzi esclusa a meno che l'attore non riesca a dimostrare: *i.* la presenza di effetti paralleli negli Stati Uniti e *ii.* l'"interdipendenza" degli effetti esteri rispetto a quelli interni.

⁹⁰ In un punto la Corte afferma: «[W]e reemphasize that we base our decision upon the following: (...) the adverse foreign effect is independent of any adverse domestic effect». V. *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, cit. supra, nota 1, p. 2366.

⁹¹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, loc. cit., p. 2363, 2366, 2367.

⁹² In termini, H. L. BUXBAUM, *National Courts*, cit. supra, nota 1, p. 1103.

⁹³ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, loc. ult. cit., p. 2366.

Dunque, un ruolo di "supplenza" nei confronti delle regolazioni del mercato adottate da altri ordinamenti, con la conseguente interferenza nelle loro sovrane opzioni di politica economica, è giustificato tutte le volte che si intenda rimediare ad effetti anticoncorrenziali negli Stati Uniti⁹⁴; in merito a siffatte situazioni non è quindi azzardato ritenere che le Corti americane andranno avanti nell'applicare il *test* messo a punto in *Hartford Fire*. Ma è l'interferenza con la sovranità di altri Stati altrettanto giustificata se la domanda attorea riguarda una condotta avente effetti all'estero? Nel caso di specie, la Corte si pone in maniera esplicita l'interrogativo con riguardo agli effetti non interdipendenti in diversi mercati: «is it reasonable to apply those [antitrust] laws to foreign conduct *insofar as that conduct causes independent foreign harm and that foreign harm alone gives rise to the plaintiff's claim?*»⁹⁵. Sulla scorta di quanto osservato più avanti, *in primis* riguardo ai principi della cortesia "prescrittiva", essa conclude che non lo è affatto⁹⁶.

In definitiva, la giurisprudenza *Empagran*, mentre evita un'ulteriore espansione della potestà giurisdizionale degli Stati Uniti nei casi implicanti una «*foreign injury*», non pare essere destinata ad incidere sulla futura applicazione della «*comity*» nell'ambito di quell'ampia e assai più comune categoria di controversie in materia di concorrenza, nelle quali si lamenta che una condotta anticoncorrenziale straniera è causa di effetti "domestici"⁹⁷. D'altronde, preme notare che anche in simili ipotesi la giurisprudenza *Hoffmann-La Roche* non sarà priva di conseguenze, giacché la natura prescrittiva ormai riconosciuta alla *international comity* comporta che, laddove emerga un vero e proprio conflitto giurisdizionale, le Corti americane dovranno astenersi dall'asserire la *jurisdiction* extraterritoriale, o quanto meno *saranno tenute* ad applicare il metodo discrezionale del c.d. *balance of interests* al fine di verificare l'opportunità del suo esercizio⁹⁸.

6. Conclusioni

La sentenza *Hoffmann-La Roche* rappresenta un risultato apprezzabile nell'ottica di un corretto esercizio della giurisdizione extraterritoriale nordamericana. Essa ha l'indubbio pregio di temperare la vocazione "espansionisti-

⁹⁴ Cfr. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 938 F.2d 932 (9th Cir. 1991). La sentenza della Corte d'appello nella causa *Hartford Fire* – avallata dalla *Supreme Court* – recita: «If (...) the conduct has a direct, substantial and reasonable foreseeable effect on American commerce, it is only in an unusual case that comity will require abstention from the exercise of jurisdiction».

⁹⁵ *F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, *cit. supra*, nota 1, p. 2367.

⁹⁶ *Ivi*, p. 2364 ss.

⁹⁷ In senso analogo, H. L. BUXBAUM, *National Courts*, *cit. supra*, nota 1, p. 1103.

⁹⁸ *V. supra*, nota 80.

ca" dell'ordinamento giuridico statunitense, fornendo un contributo significativo nella direzione di un giusto inquadramento dei fenomeni di extraterritorialità del diritto americano sulla concorrenza⁹⁹. Il caso *Empagran* va oltretutto segnalato per la generale ed inequivoca rilevanza attribuita dalla *Supreme Court* al principio della cortesia internazionale come limite imposto dal diritto internazionale pubblico all'applicazione extraterritoriale della normativa *anti-trust*; la quale rilevanza acquista una luce particolare se si considera l'influenza che la decisione *Hoffmann-La Roche* potrà esercitare sulla giurisprudenza straniera, compresa quella comunitaria e, pertanto, sullo sviluppo progressivo della prassi internazionale nella materia considerata.

Victor Chimienti*

⁹⁹ Cfr. C. RYNGAERT, *Foreign-to-Foreign*, cit. supra, nota 1, p. 616: «The US Supreme Court's main contribution (...) is its plea for restraint, based on international law limits on extra-territorial jurisdiction».

* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari; Research Scholar, Center for International and Comparative Law, University of Michigan Law School, Ann Arbor (Stati Uniti).

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

L'ISTITUZIONE DEL TRIBUNALE DELLA FUNZIONE PUBBLICA DELL'UNIONE EUROPEA MIGLIORA L'EFFICIENZA DEL SISTEMA GIURISDIZIONALE COMUNITARIO

**Decisione del Consiglio, del 2 novembre 2004, che istituisce il Tribunale della
funzione pubblica dell'Unione europea (2004/752/CE, Euratom)***

Il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare gli artt. 225 A
e 245,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, in par-
ticolare gli artt. 140 B e 160,
vista la proposta della Commissione,
visto il parere del Parlamento europeo,
visto il parere della Corte di giustizia,
considerando quanto segue:

(Omissis)

decide:

Articolo 1

È affiancata al Tribunale di primo grado delle Comunità europee una camera
giurisdizionale incaricata di giudicare in merito al contenzioso della funzione pub-
blica dell'Unione europea, in seguito denominato «Tribunale della funzione pubblica
dell'Unione europea». Il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha
sede presso il Tribunale di primo grado.

* In *Gu-Ue* n. L 333 del 9 novembre 2004, p. 7 ss. In argomento v. *infra*, p. 525, il commento
di *MARCO BORRACETTI*.

Articolo 2

Il protocollo sullo statuto della Corte di giustizia è modificato come segue:

1. è inserito il titolo seguente:

"Titolo IV bis - Le camere giurisdizionali

Articolo 62 bis

Le disposizioni relative alle competenze, alla composizione, all'organizzazione e alla procedura delle camere giurisdizionali istituite sulla base degli artt. 225 A del Trattato CE e 140 B del Trattato CEEA, sono riportate in allegato al presente statuto».

2. è aggiunto l'allegato I il cui testo figura nell'allegato della presente decisione.

Articolo 3

1. La prima designazione del presidente del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea è fatta per tre anni secondo le stesse modalità seguite per i giudici, a meno che il Consiglio decida di applicare la procedura di cui all'art. 4, par. 1, dell'allegato I dello statuto della Corte, il cui testo figura nell'allegato della presente decisione.

2. Subito dopo che tutti i giudici del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea hanno prestato giuramento, il presidente del Consiglio procede alla designazione, per estrazione a sorte, di tre giudici del Tribunale il cui mandato, in deroga all'art. 2, secondo comma, prima frase, dell'allegato I dello statuto della Corte, scade alla fine dei primi tre anni.

3. Le cause contemplate dall'art. 1 dell'allegato I dello statuto della Corte, pendenti dinanzi al Tribunale di primo grado alla data di entrata in vigore di detto articolo e nelle quali la fase scritta di cui all'art. 52 del regolamento di procedura del Tribunale non sia ancora giunta a termine, sono trasmesse al Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea.

4. Sino all'entrata in vigore del suo regolamento di procedura, il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea applica *mutatis mutandis* il regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, ad eccezione delle disposizioni relative al giudice unico.

Articolo 4

La presente decisione entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, ad eccezione dell'art. 1 dell'allegato I dello statuto della Corte, il cui testo figura nell'allegato della presente decisione.

L'art. 1 dell'allegato I dello statuto della Corte entra in vigore il giorno della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* della decisione del presidente della Corte di giustizia che constata la regolare costituzione del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea.

(*Omissis*)

ALLEGATO

«ALLEGATO I

Il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea

Articolo 1

Il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, in seguito denominato «Tribunale della funzione pubblica», è competente in primo grado a pronunciarsi in merito alle controversie tra le Comunità e i suoi agenti, ai sensi dell'art. 236 del Trattato CE e dell'art. 152 del Trattato CEEA, comprese le controversie tra gli organi o tra gli organismi e il loro personale, per le quali la competenza è attribuita alla Corte di giustizia.

Articolo 2

Il Tribunale della funzione pubblica è composto di sette giudici. Ove ciò sia richiesto dalla Corte di giustizia, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può aumentare il numero dei giudici.

I giudici sono nominati per un periodo di sei anni. I giudici uscenti possono essere nuovamente nominati.

Qualsiasi vacanza sarà coperta con la nomina di un nuovo giudice per un periodo di sei anni.

Articolo 3

1. I giudici sono nominati dal Consiglio, che decide a norma degli artt. 225 A, quarto comma, del Trattato CE e 140 B, quarto comma, del Trattato CEEA, previa consultazione del comitato previsto dal presente articolo. Nella nomina dei giudici, il Consiglio assicura una composizione equilibrata del Tribunale secondo una base geografica quanto più ampia possibile tra i cittadini degli Stati membri e per quanto concerne gli ordinamenti giuridici nazionali rappresentati.

2. Chiunque abbia la cittadinanza dell'Unione e possieda i requisiti di cui agli artt. 225 A, quarto comma, del Trattato CE e 140 B, quarto comma, del Trattato CEEA, può presentare la propria candidatura. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su raccomandazione della Corte, fissa i requisiti e le modalità per la presentazione e l'esame delle candidature.

3. È istituito un comitato composto di sette personalità scelte tra ex giudici della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado e tra giuristi di notoria competenza. La designazione dei membri del comitato e le sue norme di funzionamento sono decise dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su raccomandazione del presidente della Corte di giustizia.

4. Il comitato fornisce un parere sull'idoneità dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice del Tribunale della funzione pubblica. Il comitato integra il parere con un elenco di candidati che possiedono un'esperienza di alto livello adeguata alla funzione. Tale elenco dovrà comprendere un numero di candidati corrispondente almeno al doppio del numero dei giudici che dovranno essere nominati dal Consiglio.

Articolo 4

1. I giudici designano tra loro, per tre anni, il presidente del Tribunale della funzione pubblica. Il suo mandato è rinnovabile.

2. Il Tribunale della funzione pubblica si riunisce in sezioni composte di tre giudici. In determinati casi disciplinati dal regolamento di procedura, esso può riunirsi in seduta plenaria, in sezioni di cinque giudici o statuire nella persona di un giudice unico.

3. Il presidente del Tribunale della funzione pubblica presiede la seduta plenaria e la sezione composta da cinque giudici. I presidenti delle sezioni di tre giudici sono designati in base alle disposizioni previste dal par. 1. Se il presidente del Tribunale della funzione pubblica è assegnato ad una sezione composta di tre giudici, egli la presiede.

4. Il regolamento di procedura disciplina le competenze e il *quorum* della seduta plenaria, nonché la composizione delle sezioni e l'assegnazione ad esse delle cause.

Articolo 5

Gli artt. da 2 a 6, gli artt. 14, 15, e l'art. 17, primo, secondo e quinto comma, e l'art. 18 dello statuto della Corte di giustizia si applicano al Tribunale della funzione pubblica e ai suoi membri.

Il giuramento di cui all'art. 2 dello statuto è prestato dinanzi alla Corte di giustizia e le decisio-

ni di cui agli artt. 3, 4 e 6 sono adottate da quest'ultima, previa consultazione del Tribunale della funzione pubblica.

Articolo 6

1. Il Tribunale della funzione pubblica si avvale dei servizi della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado. Il presidente della Corte o, se del caso, il presidente del Tribunale, stabilisce di comune accordo con il presidente del Tribunale della funzione pubblica le condizioni alle quali funzionari e altri agenti addetti alla Corte o al Tribunale possono prestare servizio presso il Tribunale della funzione pubblica onde assicurarne il funzionamento. Taluni funzionari od altri agenti dipendono dal cancelliere del Tribunale della funzione pubblica sotto l'autorità del presidente di detto Tribunale.

2. Il Tribunale della funzione pubblica nomina il proprio cancelliere, di cui fissa lo statuto. Gli artt. 3, quarto comma, gli artt. 10, 11 e 14 dello statuto della Corte sono applicabili al cancelliere di questo Tribunale.

Articolo 7

1. La procedura dinanzi al Tribunale della funzione pubblica è disciplinata dal titolo III dello statuto della Corte di giustizia, ad eccezione degli artt. 22 e 23. Essa è precisata e completata, per quel che necessita, dal suo regolamento di procedura.

2. Le disposizioni relative al regime linguistico del Tribunale di primo grado si applicano al Tribunale della funzione pubblica.

3. La fase scritta della procedura comprende la presentazione del ricorso e del controricorso, a meno che il Tribunale della funzione pubblica non ritenga necessario un secondo scambio di memorie scritte. In quest'ultimo caso, il Tribunale della funzione pubblica, con il consenso delle parti, può decidere di statuire senza trattazione orale.

4. In ogni fase del procedimento, compreso il deposito del ricorso, il Tribunale della funzione pubblica può esaminare le possibilità di una composizione amichevole della controversia e può adoperarsi per agevolare tale soluzione.

5. Il Tribunale della funzione pubblica statuisce sulle spese. Fatte salve disposizioni particolari del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, qualora sia stata fatta una domanda in tal senso.

Articolo 8

1. Se un'istanza o un altro atto processuale destinati al Tribunale della funzione pubblica sono depositati per errore presso il cancelliere della Corte o del Tribunale di primo grado, questo li trasmette immediatamente al cancelliere del Tribunale della funzione pubblica. Allo stesso modo, se un'istanza o un altro atto processuale destinati alla Corte o al Tribunale di primo grado sono depositati per errore presso il cancelliere del Tribunale della funzione pubblica, questo li trasmette immediatamente al cancelliere della Corte o del Tribunale di primo grado.

2. Quando il Tribunale della funzione pubblica constata d'essere incompetente a conoscere di un ricorso che rientri nella competenza della Corte o del Tribunale di primo grado, rinvia la causa alla Corte o al Tribunale di primo grado. Allo stesso modo, la Corte o il Tribunale di primo grado, quando constata che un determinato ricorso rientra nella competenza del Tribunale della funzione pubblica, l'organo giurisdizionale adito rinvia la causa a quest'ultimo, che non può in tal caso declinare la propria competenza.

3. Quando il Tribunale della funzione pubblica e il Tribunale di primo grado sono investiti di cause che sollevino lo stesso problema d'interpretazione o mettano in questione la validità dello stesso atto, il Tribunale della funzione pubblica, dopo aver ascoltato le parti, può sospendere il procedimento sino alla pronuncia della sentenza del Tribunale di primo grado.

Quando il Tribunale della funzione pubblica e il Tribunale di primo grado sono investiti di cause che abbiano il medesimo oggetto, il Tribunale della funzione pubblica declina la propria competenza affinché il Tribunale di primo grado statuisca su tali cause.

Articolo 9

Può essere proposta impugnazione dinanzi al Tribunale di primo grado, entro un termine di due mesi a decorrere dalla notifica della decisione impugnata, avverso le decisioni del Tribunale della funzione pubblica che concludono il procedimento, nonché avverso le pronunzie che decidono parzialmente la controversia nel merito o che pongono termine ad un incidente di procedura relativo ad un'eccezione di incompetenza o di irricevibilità.

L'impugnazione può essere proposta da qualsiasi parte che sia rimasta parzialmente o totalmente soccombente nelle sue conclusioni. Tuttavia le parti intervenienti diverse dagli Stati membri e dalle istituzioni della Comunità possono proporre impugnazione soltanto qualora la decisione del Tribunale della funzione pubblica le concerna direttamente.

Articolo 10

1. Può essere proposta impugnazione dinanzi al Tribunale di primo grado avverso le decisioni del Tribunale della funzione pubblica che respingono un'istanza d'intervento, entro un termine di due settimane a decorrere dalla notifica della decisione di rigetto, da qualsiasi soggetto la cui istanza sia stata respinta.

2. Avverso le decisioni adottate dal Tribunale della funzione pubblica ai sensi dell'art. 242 o 243 o dell'art. 256, quarto comma, del Trattato CE oppure ai sensi dell'art. 157 o 158 o dell'art. 164, terzo comma, del Trattato CEEA, può essere proposta impugnazione dinanzi al Tribunale di primo grado dalle parti del procedimento entro un termine di due mesi a decorrere dalla notifica delle decisioni.

3. Il presidente del Tribunale di primo grado può decidere sulle impugnazioni previste ai par. 1 e 2 del presente articolo secondo una procedura sommaria che deroghi, per quanto necessario, ad alcune norme contenute nel presente allegato e che sarà fissata dal regolamento di procedura del Tribunale di primo grado.

Articolo 11

1. L'impugnazione proposta dinanzi al Tribunale di primo grado deve limitarsi ai motivi di diritto. Essa può essere fondata su motivi relativi all'incompetenza del Tribunale della funzione pubblica, a vizi della procedura dinanzi a detto Tribunale recanti pregiudizio agli interessi della parte ricorrente, nonché alla violazione del diritto comunitario da parte del Tribunale della funzione pubblica.

2. L'impugnazione non può avere ad oggetto unicamente l'onere e l'importo delle spese.

Articolo 12

1. L'impugnazione dinanzi al Tribunale di primo grado non ha effetto sospensivo, salvi gli artt. 242 e 243 del Trattato CE e gli artt. 157 e 158 del Trattato CEEA.

2. In caso di impugnazione proposta avverso una decisione del Tribunale della funzione pubblica, il procedimento dinanzi al Tribunale di primo grado consta di una fase scritta e di una fase orale. Alle condizioni stabilite dal regolamento di procedura, il Tribunale di primo grado può, sentite le parti, statuire senza trattazione orale.

Articolo 13

1. Quando l'impugnazione è accolta, il Tribunale di primo grado annulla la decisione del Tribunale della funzione pubblica e statuisce sulla controversia. Rinvia la causa al Tribunale della funzione pubblica affinché sia decisa da quest'ultimo, quando la causa non è ancora matura per la decisione.

2. In caso di rinvio, il Tribunale della funzione pubblica è vincolato dalla decisione emessa dal Tribunale di primo grado sui punti di diritto».

LE CAMERE GIURISDIZIONALI NEL SISTEMA GIUDIZIARIO DELL'UNIONE EUROPEA: IL TRIBUNALE DELLA FUNZIONE PUBBLICA*

Sommario: *Introduzione - 1. La composizione del Tribunale e la procedura di nomina dei giudici della funzione pubblica - 1.1 Il Comitato - 1.2 I requisiti richiesti - 1.3 Durata del mandato e status dei giudici - 2. Organizzazione interna e regole procedurali - 3. L'impugnazione delle sentenze - 4. Considerazioni conclusive.*

Introduzione

Il Trattato di Nizza, pur deludente nell'innovazione dell'impianto istituzionale in considerazione delle aspettative che si erano create, ha introdotto importanti modifiche al sistema giurisdizionale comunitario, finalizzate ad alleviare il carico di lavoro gravante sui giudici anche in considerazione dell'allargamento a dieci Stati dell'Est e del Sud Europa che di lì a poco avrebbe avuto luogo¹. Tra tali novità, è prevista la possibilità di affiancare al Tribunale di primo grado delle camere giurisdizionali specializzate, secondo quanto stabilito dall'art. 2, che ha modificato l'art. 220 ed introdotto l'art. 225 A.

Dando esecuzione a tali disposizioni, e recependo la dichiarazione 16 allegata allo stesso Trattato di Nizza², la decisione del Consiglio del 2 novem-

* Il presente testo costituisce l'elaborazione della comunicazione scritta presentata al Convegno «Il nuovo diritto agrario comunitario» tenutosi a Ferrara e Rovigo nei giorni 19-20 novembre 2004 ed organizzato in occasione del settantesimo compleanno del prof. Luigi Costato.

¹ Sulle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza al sistema giurisdizionale comunitario, si vedano: MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 769; SALERNO, *Giurisdizione comunitaria e certezza del diritto dopo il Trattato di Nizza*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 5.

² Secondo la dichiarazione 16 allegata al Trattato di Nizza, «La Conferenza chiede alla Corte di giustizia e alla Commissione di preparare quanto prima un progetto di decisione sull'istituzione di una camera giurisdizionale competente a deliberare in primo grado in materia di controversie tra la Comunità e i suoi agenti».

bre 2004³ ha istituito il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea⁴, competente in via esclusiva a trattare – in primo grado – del contenzioso della funzione pubblica comunitaria⁵, prima di quelle camere giurisdizionali che dovrebbero essere caratterizzate da una competenza specifica e funzionali, per l'appunto, al miglioramento dell'efficienza del sistema giudiziario comunitario⁶.

In seguito all'adozione di tale decisione, nello Statuto relativo alla Corte di giustizia è stato inserito il nuovo art. 62 *bis*, che si limita a rinviare ad un allegato contenente le disposizioni relative a competenze, organizzazione, composizione e procedura delle camere giurisdizionali⁷. In verità, probabilmente sarebbe stata preferibile, dal punto di vista tecnico-legislativo, l'iniziale proposta della Commissione di introdurre una sezione *ad hoc* ad esse dedicata; è probabile che, all'abbandono di tale idea, abbia contribuito l'errore sistematico dell'averla inserita dopo le disposizioni transitorie e finali. Rimane, peraltro, da condividere la scelta compiuta dal legislatore che si è limitato ad introdurre una previsione normativa generica, rinviando la definizione del dettaglio ad un successivo allegato. Al momento dell'istituzione di ulteriori tribunali specializzati⁸, questo consentirà di limitarsi alla modifica dello Statuto della Corte di giustizia attraverso l'introduzione di ulteriori allegati, senza dovere invece apportare modifiche al testo base⁹. La scelta risponde dichiaratamente allo scopo di favorire la chiarezza e la comprensione dei testi d'insieme, cui senz'altro si perviene evitando la continua modifica dell'impianto generale dell'articolato.

³ Decisione del Consiglio del 2 novembre 2004, n. 2004/752/Ce, Euratom, che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, in *Gu-UE* n. L 333 del 9 novembre 2004, p. 7.

⁴ Pur se nell'iniziale proposta della Commissione del 19 novembre 2003, COM (2003) 705 def. si parlava di «Tribunale della funzione pubblica europea», l'esistenza in Europa di altre organizzazioni internazionali con proprio personale, quale il Consiglio d'Europa, ha fatto optare per l'attuale denominazione. In tal senso il parere della Corte di giustizia, formulato ai sensi degli artt. 225 A e 245 del Trattato, sul testo presentato dalla Commissione.

⁵ Oltre a quelle di nuova instaurazione, saranno devolute al Tribunale della funzione pubblica anche quelle cause per le quali, alla data della sua regolare costituzione, la fase scritta non avrà ancora avuto conclusione: art. 3.3 della decisione istitutiva, *cit.*

⁶ Un aspetto, questo, espressamente richiamato nel secondo *considerando* della decisione istitutiva, *cit.*

⁷ In questo caso, l'unico allegato concerne quello relativo alla funzione pubblica.

⁸ Si pensi alla prossima istituzione del Tribunale del brevetto comunitario, la cui proposta di decisione istitutiva - presentata dalla Commissione il 23 dicembre 2003, COM (2003) 828 def - è attualmente oggetto di dibattito istituzionale.

⁹ In senso contrario, piuttosto, era la proposta della delegazione italiana che affermava espressamente l'opportunità di introdurre un riferimento espresso al Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, prevedendo la possibilità – se del caso - di successive modifiche.

1. La composizione del Tribunale e la procedura di nomina dei giudici della funzione pubblica

1.1 Il Comitato

Il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea sarà composto di sette giudici¹⁰, compreso il Presidente, nominati all'unanimità dal Consiglio, successivamente alla consultazione di un Comitato da esso designato con voto a maggioranza qualificata, previa raccomandazione della Corte di giustizia¹¹. I componenti del Comitato – sette personalità scelte tra giuristi di notoria competenza o già membri della Corte di giustizia o del Tribunale – sono designati per quattro anni ed il loro incarico potrà essere rinnovato; alla nomina del loro Presidente provvederà il Consiglio stesso all'atto della designazione. Per quanto concerne il profilo funzionale, il Comitato potrà validamente riunirsi con la presenza di cinque dei componenti, decidendo a maggioranza semplice, con il prevalente voto del Presidente qualora si presenti una situazione di stallo. Per quanto riguarda il profilo tecnico organizzativo, l'assistenza amministrativa sarà fornita dal segretariato generale del Consiglio¹².

Come detto, questo Comitato avrà il dovere di procedere ad una prima selezione delle candidature che verranno presentate entro il termine fissato dal Consiglio; in un secondo momento, provvederà a fornire al Consiglio una lista che fungerà da guida per la valutazione definitiva dei candidati e per la nomina dei giudici, visto che conterrà un numero di candidati pari al doppio dei posti disponibili. La scelta del Comitato si fonderà sui requisiti individuati dallo stesso allegato e che sono stati oggetto di critica e perplessità in sede di dibattito precedente l'adozione dell'atto, poiché la loro genericità sarebbe tale

¹⁰ Il numero è stato così fissato nel testo di compromesso, dopo che la proposta della Commissione ne prevedeva sei. Così come precisato nella presentazione dello stesso testo, questo numero potrebbe anche essere aumentato in funzione delle esigenze dello stesso Tribunale specializzato, utilizzando come base giuridica una norma che tragga ispirazione dall'art. 222, primo comma, seconda frase, che prevede l'aumento del numero di Avvocati Generali su istanza della Corte di giustizia.

¹¹ Con decisione del 22 luglio 2005, n. 2005/577/Ce, Euratom, in *Gu-Ue* n. L 197 del 28 luglio 2005, p. 28 sono stati nominati a giudici del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea: Irena Boruta (Polonia); Stéphane Gervasoni (Francia); Heikki Kanninen (Finlandia); Horstpeter Kreppel (Germania); Paul J. Mahoney (Regno Unito); Charisios Tagaras (Grecia); Sean van Raepenbusch (Belgio). Il Consiglio non si è avvalso della facoltà di nominare il Presidente che, pertanto, verrà eletto dagli stessi giudici in un momento immediatamente successivo all'insediamento ufficiale, in ossequio all'art. 4, par. 1, dell'allegato I del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia.

¹² Decisione del Consiglio del 18 gennaio 2005, n. 2005/49/Ce, Euratom, relativa alle norme di funzionamento del comitato previsto all'art. 3, par. 3, dell'allegato I del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia, in *Gu-Ue* n. L 21 del 25 gennaio 2005.

da consentire un forte potere discrezionale in capo al Consiglio ed al Comitato stesso¹³.

Soffermandosi su tale procedura, essa riprende quanto previsto nel testo della Costituzione europea che, per la nomina dei giudici della futura Corte di giustizia¹⁴, prevede per l'appunto il filtro di un Comitato avente il compito di esprimere un parere sull'idoneità dei candidati ad esercitare le funzioni di giudice¹⁵; sono comunque individuabili alcune differenze di un certo rilievo. Innanzitutto, la Costituzione prevede un intervento del Comitato temporalmente successivo alla scelta del Consiglio, di modo che i "sette saggi" possano al massimo compiere una valutazione negativa su di un determinato candidato costringendo lo Stato che l'ha indicato a sostituirlo. Nel caso presente, invece, il Comitato svolge una selezione preliminare sì da giungere all'individuazione dei potenziali candidati, tanto che dovrà presentarne un elenco al Consiglio in vista della decisione definitiva di questi: la valutazione è, in tal caso, preliminare piuttosto che successiva.

In secondo luogo, i membri del Comitato – pur se nominati dal Consiglio – sono individuati dalla Corte di giustizia¹⁶, e non risultano soggetti indicati dal Parlamento europeo, al contrario di quanto previsto dal testo costituzionale che, invece, ne prevede la piena partecipazione al meccanismo di nomina¹⁷. Questo aspetto – in verità – desta più d'una perplessità, in relazione all'ingerenza di un corpo politico nella nomina dei membri dell'istituzione che rappresenta il potere giudiziario dell'Unione europea, pur nella consapevolezza che in molti sistemi nazionali la scelta di parte dei giudici delle supreme istanze costituzionali è anche di competenza parlamentare¹⁸.

¹³ In tal senso il parere della delegazione austriaca, nel quale si sosteneva l'inutilità – a queste condizioni – dell'esistenza di un siffatto modello di modalità di selezione.

¹⁴ Sulle modifiche che deriveranno alla giurisdizione comunitaria dopo l'adozione della Costituzione europea si vedano: TIZZANO, *La "Costituzione europea" e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p.455; ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p.645; CONDINANZI, *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 628.

¹⁵ Secondo l'art. III-355, «I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia, scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza, sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri, previa consultazione del comitato di cui all'art. III-357». Tale comitato, secondo – per l'appunto – l'art. III-357, è istituito «con l'incarico di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale».

¹⁶ In specie, la raccomandazione della Corte del 6 dicembre 2004, nella quale si raccomanda la designazione dei membri del Comitato nelle persone dei signori Sevon, Bellamy, Galmot, Tesauero, Grilc, Wyrzykowski e della signora Kucsko-Stadlmayer. Di questi, i primo quattro sono stati membri della Corte di giustizia o del Tribunale di primo grado in qualità di giudici o Avvocati Generali. A svolgere la funzione di Presidente è stato nominato il finlandese Sevon.

¹⁷ Lo stesso Parlamento europeo, nella risoluzione dedicata alla proposta della Commissione, si era pronunciato sull'opportunità che gli venisse consentita l'indicazione di un membro del Comitato, proprio in forza del testo della Costituzione europea.

¹⁸ *In primis*, si pensi al sistema italiano di nomina dei giudici della Corte costituzionale.

Infine, per quanto riguarda la denominazione, pur se nella decisione istitutiva si parla di camere giurisdizionali, nell'allegato il riferimento è ad un Tribunale della funzione pubblica. La scelta pare opportuna, anche perché con il termine camera o sezione – come del resto sottolineato dalla stessa Commissione nella presentazione che accompagna la decisione istitutiva – forte sarebbe stato il rischio di confondere tale consesso giurisdizionale con una sezione specializzata incardinata in seno al Tribunale od alla Corte di giustizia. Il riferimento a camere o sezioni specializzate risulta comunque limitato al Trattato di Nizza, posto che nella stessa Costituzione europea si cita espressamente l'istituzione di Tribunali specializzati¹⁹.

1.2 I requisiti richiesti

I giudici dovranno possedere un'esperienza di alto livello adeguata alla funzione²⁰, «la capacità per l'esercizio di funzioni giurisdizionali»²¹, oltre che offrire quella garanzia d'indipendenza già richiesta per coloro i quali siano investiti delle funzioni di giudice innanzi alla Corte o al Tribunale.

Per quanto riguarda il possesso di un'esperienza professionale adeguata alla funzione si da giustificare una loro nomina al Tribunale, questo consente di ritenere che i candidati debbano essere esperti della materia. Indubbiamente tale aspetto non risulta espressamente né dalla lettera del Trattato, e non avrebbe potuto essere diversamente, né tanto meno dalla lettera della decisione istitutiva; ma è proprio la specificità della competenza assegnata all'istituendo Tribunale che consente di ritenere che questa vi debba essere. Inoltre, appare ragionevole ritenere che la stessa valutazione dell'«esperienza adeguata» alla funzione riguarderà prevalentemente quella professionale maturata in tale ambito.

Questi requisiti, unitamente alle modalità di presentazione delle candidature, sono stati stabiliti dal Consiglio con una decisione successiva a quella istitutiva²², limitandosi in realtà a richiamare quanto previsto da questa stessa, che riprende la lettera del Trattato. Come espressamente risulta, oltre alla competenza professionalmente acquisita, i candidati dovranno offrire tutte le garanzie d'indipendenza, possedere la capacità per l'esercizio delle funzioni

¹⁹ Si vedano, sul punto, il primo comma dell'art. I-29 e l'art. III-359 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004. Sul punto anche TIZZANO, *La "Costituzione europea"*, cit. *supra*, nota 14, p. 459.

²⁰ La versione francese parla di «candidats possédant l'expérience de haut niveau la plus appropriée»; quella inglese di «candidates having the most suitable high-level experience»; infine, quella spagnola di «candidatos que posean la experiencia de alto nivel más oportuna».

²¹ Secondo quanto stabilito dall'art. 225 A del Trattato.

²² Decisione del Consiglio del 18 gennaio 2005, n. 2005/150/Ce, Euratom, relativa ai requisiti e alle modalità per la presentazione e l'esame delle candidature al fine della nomina dei giudici del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 50 del 23 febbraio 2005.

giurisdizionali ed avere la cittadinanza dell'Unione. Se sul punto delle garanzie d'indipendenza si possono richiamare le osservazioni compiute in più occasioni con riferimento ai giudici di Corte e Tribunale, il requisito della capacità dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali consente di fugare ogni dubbio sui soggetti che potranno divenire giudici del Tribunale della funzione pubblica e che sono individuabili in coloro che hanno la capacità di svolgere tale funzione secondo gli ordinamenti giuridici nazionali. Rimarranno così esclusi gli eventuali soggetti "tecnici" che potrebbero appartenere al collegio – se così previsto dal singolo ordinamento processuale nazionale – in virtù della loro particolare specializzazione.

Infine, il testo precisa che i giudici dovranno essere cittadini dell'Unione, recependo – da un lato – le richieste di molte delegazioni nazionali²³ e – dall'altro – il nuovo indirizzo intrapreso col Trattato di Nizza, ove, per la prima volta, venne espressamente inserito il requisito della nazionalità, codificando la prassi esistente sino a quel momento.

Il Consiglio, nella sua scelta, dovrà anche prestare attenzione al rispetto della proporzione nella rappresentatività delle aree geografiche di provenienza e nell'omogeneità degli ordinamenti giuridici d'appartenenza; cosa, questa, che porta ad ipotizzare che spesso potrà essere presente un giudice dalla formazione giuridica di *common law*, tipicamente anglosassone²⁴.

Pur nel pieno rispetto del regime linguistico del Tribunale di primo grado, cui viene compiuto esplicito rinvio all'art. 7, par. 2, dell'allegato I, sembra che un ulteriore requisito possa risultare quello linguistico, visto che si afferma esplicitamente che il comitato dovrà valutare anche la capacità dei candidati «di lavorare all'interno di una struttura collegiale in un ambiente internazionale e multilingue»²⁵. L'espressione appare più tipica dei concorsi per i funzionari e gli agenti della Comunità che della procedura di scelta di giudici ed Avvocati Generali ma appare inevitabile visto l'elevato numero di lingue ufficiali ed il numero di posti inferiore a quello degli Stati; la cosa potrebbe così comportare che sia necessaria perlomeno la conoscenza della lingua di lavoro propria delle istituzioni giudiziarie comunitarie.

Limitatamente all'aspetto della presentazione delle candidature, la novità è costituita dal fatto che saranno gli stessi aspiranti giudici a proporre la propria candidatura al Segretariato generale del Consiglio, superando la tradizionale presentazione governativa di un solo candidato. Appare senz'altro una scelta da condividere ed atta, benché dettata dal fatto che il numero di giudici sia inferiore a quello degli Stati²⁶, a valorizzare il ruolo dello stesso Comitato.

²³ A titolo d'esempio, si vedano le istanze delle delegazioni nazionali di Svezia e Belgio.

²⁴ Si veda l'art. 3, punto 1, dell'allegato.

²⁵ Allegato alla decisione n. 2005/150/Ce, Euratom, *cit. supra*, nota 22.

²⁶ Appare possibile che gli Stati che avranno un loro cittadino assegnato, in qualità di giudice,

Sarebbe peraltro auspicabile – pur nella piena consapevolezza che sia difficile che questo accada – che tale sistema venisse adottato per la nomina dei giudici della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, ritenendosi insufficiente il ruolo di mero controllo compiuto in un tempo successivo dal Comitato²⁷.

1.3 *Durata del mandato e status dei giudici*

I giudici restano in carica per sei anni ed il loro mandato è rinnovabile. Sul punto, peraltro, la maggioranza dei contributi delle delegazioni nazionali si era pronunciata per un incarico di nove anni e non rinnovabile, sì da ipotizzare anche una rotazione di giudici tra tutti gli Stati membri dell'Unione europea; così facendo, si affermava, si sarebbe integrato un criterio evidente e trasparente, in ossequio alla rappresentazione dell'area geografica e dei sistemi giuridici nazionali²⁸. Ciononostante, forse anche per rendere omogenei i mandati di tutti i giudici appartenenti alla giurisdizione comunitaria, non è emerso da parte istituzionale l'intenzione di seguire quest'indicazione, pur se per l'allungamento della durata del mandato erano orientate alcune proposte contenute nei documenti del gruppo di lavoro sulla Corte di giustizia preliminari alla redazione della Costituzione per l'Europa. Le ragioni dell'originaria scelta della Commissione – ricavabili anche dalla lettura del testo di accompagnamento alla proposta di decisione – sembrano però riconducibili più all'empirismo ed al mantenimento dello *status quo*²⁹. Si può, piuttosto, osservare che, in siffatta maniera, si sarebbe collegata nuovamente la nomina del giudice alla nazionalità, andando in senso contrario a quella che sembra essere l'impostazione seguita dal legislatore, diretta a separare la nomina dei giudici dal potere degli Stati; è evidente che il procedimento di nomina investe la rappresentatività tutta del Consiglio, ma non si abbina all'idea che ogni Stato sostenga un suo proprio candidato. Del resto, il sistema di nomina dei giudici del Tribunale della funzione pubblica si fonda sulla definitiva scelta del Consiglio in quanto Istituzione, contrariamente alla nomina degli altri giudici ed

alla funzione pubblica, non vedranno altrettanta presenza in seno al futuro Tribunale del brevetto comunitario, le cui decisioni potrebbero però avere maggiore rilevanza.

²⁷ Che, al contrario, potrebbe compiere analogha valutazione d'idoneità e, quindi, selezione dei candidati indicati dagli Stati membri come papabili alla carica di giudice o avvocato generale. Risulta, però, evidente la necessità che gli Stati vadano ad indicare una rosa di candidati, piuttosto che uno soltanto.

²⁸ Si vedano, in merito, le osservazioni presentate dalle delegazioni austriaca e portoghese.

²⁹ Si veda il punto 4 della relazione alla proposta di decisione presentata dalla Commissione, *cit. supra*, nota 4. In verità, inizialmente la Commissione indicava in 6 il numero di giudici necessario, modificato poi in seguito al parere della Corte di giustizia, anche per evidenti ragioni di funzionamento dello stesso istituendo Tribunale.

Avvocati Generali che deriva dal comune accordo dei governi degli Stati membri³⁰.

Costituisce peculiarità del Tribunale della funzione pubblica il fatto che, qualora un giudice venga sostituito prima che il suo mandato sia giunto a scadenza, il subentrante verrà incaricato per l'intera durata di un nuovo mandato – e quindi per sei anni – e non solamente per il periodo di tempo residuo dell'incarico originario, così come invece accade per i giudici della Corte e del Tribunale di primo grado, oltre che per gli Avvocati Generali³¹. Vigendo anche in tale contesto la necessità del rinnovo parziale ogni tre anni, per garantire costantemente il buon funzionamento di quest'istanza giurisdizionale, il primo giudice designato Presidente provvederà al sorteggio di tre giudici che vedranno il loro mandato ridotto della metà.

Il Presidente, eletto dagli stessi giudici, rimarrà in carica per tre anni ed il suo mandato potrà essere rinnovato. Dalla lettura dell'art. 3, emerge però che la prima designazione presidenziale potrebbe anche essere compiuta dal Consiglio al momento della nomina³², salvo che questi non opti direttamente per la modalità tradizionale, in forza di un'opzione in tal senso prevista dall'allegato I.

Lo *status* dei giudici corrisponde a quello previsto per i membri della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado³³. Essi potranno così godere dell'immunità di giurisdizione per quanto compiuto nell'esercizio delle loro funzioni, ma – al contempo – dovranno rispettare quei doveri posti a garanzia dell'indipendenza da ogni forma di pressione³⁴. Tra le norme loro applicate, vi saranno anche quelle relative alle cause di incompatibilità ed alle modalità di rimozione dall'incarico che – se del caso – si concluderanno con la pronuncia del *plenum* della Corte di giustizia³⁵.

³⁰ Evidentemente, non è in tal caso avvertita quella necessità di distinguere l'istituzione Consiglio dall'organismo che provvede alla nomina dei giudici, che veniva individuata come caratteristica del sistema.

³¹ Così stabilisce l'art. 2 dell'allegato. Per i giudici della Corte e del Tribunale, invece, il riferimento normativo è costituito dall'art. 7 dello Statuto, secondo il quale «I giudici le cui funzioni cessano prima dello scadere del loro mandato sono sostituiti per la restante durata del mandato stesso».

³² Secondo la prima parte dell'art. 3, infatti, «la prima designazione del presidente del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea è fatta per tre anni secondo le stesse modalità seguite per i giudici».

³³ Secondo il primo comma dell'art. 5 dell'allegato I, si applicano ai membri del Tribunale della funzione pubblica gli articoli da 2 a 6, 14, 15, 17, primo, secondo e quinto comma, e 18 dello Statuto della Corte di giustizia.

³⁴ A titolo esemplificativo, si pensi alla norma, di cui all'art. 4 dello Statuto, relativa alla rinuncia agli incarichi professionali, anche non remunerati, ed ai doveri di onestà e discrezione per l'accettazione di funzioni o vantaggi al termine dell'incarico.

³⁵ Si veda l'art. 6 dello Statuto della Corte di giustizia, ai giudici applicabile in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 5, primo comma, dell'allegato I alla decisione istitutiva; sino a quando non sarà approntato l'apposito regolamento di procedura, è probabile che vi possa essere, in merito, il parere dell'intero Tribunale della funzione pubblica, così come previsto per il Tribuna-

2. Organizzazione interna e regole processuali

Il Tribunale della funzione pubblica si riunirà abitualmente in sezioni composte di tre giudici, potendo in ogni modo prevedere – nel proprio regolamento di procedura – le ipotesi che richiederanno la seduta plenaria, il collegio in composizione a cinque giudici oppure per le quali la decisione potrà essere assunta in composizione monocratica. In particolare, su quest'ultimo punto si osserva che – fino a quando questo regolamento di procedura non sarà stato adottato – essa non risulterà prevista, visto che, pur applicandosi «*mutatis mutandis* il regolamento di procedura del Tribunale di primo grado», saranno espressamente escluse dall'applicazione le norme relative al giudice unico³⁶. Quella che sembra una contraddizione è in realtà il risultato di una mediazione avvenuta tra la posizione della Commissione e quella, tra gli altri, della Corte di giustizia³⁷. Secondo la prima, infatti, sarebbe risultato prematuro prevedere sin da subito la composizione monocratica, anche in considerazione del tempo trascorso prima che venisse istituito innanzi al Tribunale di primo grado³⁸. Una posizione che, soprattutto alla luce delle ragioni addotte a suo sostegno, non convince del tutto, poiché appare più volta al passato che proiettata verso il futuro della giurisdizione. Inoltre, sembra non considerare l'esperienza sino ad ora maturata dal sistema del giudice unico, il cui intervento è comunque limitato ad alcune ipotesi ben determinate ed il cui apporto è invece risultato, anche funzionalmente, prezioso³⁹.

Il Presidente del Tribunale specializzato presiederà la seduta plenaria e la sezione a cinque giudici⁴⁰, oltre che quella a tre cui eventualmente risulti assegnato; diversamente, la presidenza delle sezioni a tre giudici risulterà designata per tre anni, in base alla stessa regola che disciplina la presidenza del Tribunale e contrariamente a quanto avviene per Corte di giustizia o Tribunale di primo grado, ove questo è previsto unicamente per i Presidenti delle sezioni ampliate, mantenendosi infatti la designazione annuale per i collegi giudicanti composti di tre giudici⁴¹. Il nuovo regolamento di procedura – che verrà stabilito di concerto con la Corte di giustizia ed approvato a maggioranza

le di primo grado, ai sensi dell'art. 5 del regolamento di procedura.

³⁶ Così statuisce il comma 4 dell'art. 3 dell'allegato I.

³⁷ La proposta della Corte di giustizia è, infatti, avanzata proprio per le perplessità manifestate dalla Commissione. Si veda, in merito, il punto 11 del Parere del 12 febbraio 2004.

³⁸ Il regolamento di procedura del Tribunale di primo grado ha previsto l'istituzione della composizione monocratica undici anni dopo la sua istituzione.

³⁹ Solo nel 2003, secondo la relazione annuale relativa al Tribunale di primo grado, il Tribunale in composizione monocratica ha definito quindici cause, con una percentuale che si aggira intorno al 4,5% di quelle complessivamente trattate.

⁴⁰ La sezione a cinque giudici altro non è che la "sezione ampliata", come viene definita per il Tribunale di primo grado.

⁴¹ Sul punto, si vedano rispettivamente l'art. 16 e l'art. 50 dello Statuto della Corte di giustizia.

qualificata dal Consiglio⁴² – disciplinerà anche tutti quegli aspetti concernenti la composizione delle sezioni, i criteri di assegnazione delle cause ed il *quorum* necessario al funzionamento della sezione plenaria.

Precisando che il Tribunale della funzione pubblica si potrà avvalere di parte del personale di Corte e Tribunale, che verrà destinato all'istituenda cancelleria, sì da evitare il permanere dell'aggravio sull'organizzazione di quello di primo grado, viene anche indirettamente stabilita la sua sede, che sarà – pertanto - Lussemburgo⁴³.

Per quanto riguarda la disciplina del procedimento, l'art. 7 dell'allegato rinvia per intero al titolo III dello Statuto della Corte, escludendo comunque dall'applicazione gli artt. 22 e 23, che riguardano rispettivamente l'impugnazione dei provvedimenti del collegio arbitrale previsto dall'art. 18 CEEA ed i rinvii pregiudiziali proposti ai sensi degli artt. 35 UE, 234 CE e 148 CEEA.

Le regole relative al processo potranno essere integrate e completate dal futuro regolamento di procedura, che dovrà comunque prevedere una fase scritta limitata alla presentazione del ricorso e della comparsa di risposta (c.d. controricorso), lasciando in ogni caso al collegio la possibilità di decidere per un ulteriore scambio di memorie scritte. In quest'ultimo caso, e solamente dopo aver sentito le parti in causa, si potrà statuire senza trattazione orale, sì da favorire sempre e comunque una soluzione celere della causa. Il sistema sembra differire da quanto previsto innanzi alle superiori istanze comunitarie ove – pur mantenendo il favore per la trattazione scritta rispetto all'oralità – si prevede che la parte che reputi opportuna la trattazione orale sia tenuta a motivare le proprie ragioni. In ogni modo, e sino a che non avverrà la pronuncia della sentenza – o, meglio, il collegio non si sarà ritirato per la deliberazione – si potrà ricercare ed agevolare la composizione amichevole della controversia⁴⁴.

⁴² Così come previsto dal quinto comma dell'art. 225 A.

⁴³ Anche se manca una dichiarazione espressa in tal senso, si può dedurre che la sede del Tribunale della funzione pubblica sarà Lussemburgo alla luce del combinato disposto dell'art. 1 della decisione istitutiva, che stabilisce che esso avrà sede «presso il Tribunale di primo grado», e dell'art. 1 della decisione del 12 dicembre 1992 sulla sede delle istituzioni, ed anche alla luce dell'art. 6 dell'allegato I che stabilisce che si avvalga dei servizi di questi e della Corte di giustizia. Inoltre, tra le dichiarazioni allegate al Trattato di Nizza, vi era solo quella d'impegno del Lussemburgo a non rivendicare la sede del Tribunale del brevetto comunitario, che potrebbe anche inseguirsi ad Alicante, sede dell'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno.

⁴⁴ In questa direzione l'art. 7, punto 4, dell'allegato I, che riprende l'art. 38 dello Statuto e l'art. 87 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado. Il Parlamento europeo, nella propria risoluzione legislativa sulla proposta di decisione istitutiva del Tribunale della funzione pubblica, si era in verità espresso per la soppressione di questo paragrafo visto il rischio di snaturarne il carattere giurisdizionale, lasciando piuttosto che tale possibilità venisse inserita nel regolamento di procedura. Non risulta esserci, invece, il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità, come – ad esempio – previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 410 c.p.c.

Per quanto riguarda gli eventuali conflitti di giurisdizione, si potranno seguire soluzioni differenti⁴⁵: qualora il caso sia riconducibile ad un deposito erroneo ad opera del ricorrente, le cancellerie interessate dialogheranno tra loro provvedendo a porvi rimedio; nel caso in cui, invece, il Tribunale della funzione pubblica constati la propria incompetenza a decidere⁴⁶, la causa verrà devoluta all'istanza giurisdizionale ritenuta competente, così come potranno fare d'altra parte – in senso contrario – le due istanze superiori. Limitatamente a tale seconda ipotesi, i giudici della funzione pubblica non potranno declinare la propria competenza, mentre sembra possibile ritenere – nulla risultando previsto in senso contrario – che Corte o Tribunale di primo grado potranno eventualmente respingere il provvedimento che ne individui la competenza a decidere. Infine, qualora la causa investa un identico problema interpretativo o di validità, i giudici avranno la facoltà di sospendere il procedimento in attesa della pronuncia dell'istanza superiore, mentre, qualora l'identità riguardi l'oggetto, essi saranno tenuti a declinare la propria competenza affinché sia il Tribunale di primo grado a statuire nel merito.

A margine del paragrafo relativo all'organizzazione processuale, alcune note sull'intervento dell'Avvocato Generale, che sembra non essere previsto visto che la decisione in questione non riprende l'art. 49 dello Statuto della Corte di giustizia, secondo il quale i giudici del Tribunale di primo grado possono essere chiamati a svolgere le funzioni di Avvocato Generale. D'altro canto, è anche vero che l'art. 7 dell'allegato I, escludendo espressamente l'applicazione di alcuni articoli tra i quali non risulta esservi il 49, potrebbe consentire di ritenere che i non richiamati siano applicabili. In realtà, appare ragionevole pensare che, anche alla luce dell'esperienza maturata nell'ambito del contenzioso del personale, questa presenza non risulti prevista in sede di discussione di primo grado. L'Avvocato Generale potrà comunque partecipare all'eventuale giudizio di appello, qualora questo sia considerato meritevole della trattazione plenaria ovvero ci siano complessità in diritto o in fatto tali da spingere la sezione assegnataria ad una richiesta in tal senso al Presidente del Tribunale.

La sentenza d'appello potrà essere oggetto di riesame da parte della Corte di giustizia, in via del tutto eccezionale, soltanto qualora il Primo Avvocato Generale ne valuti sussistente la necessità, ravvisando l'esistenza di situazioni capaci di compromettere l'unità e la coerenza dell'interpretazione del diritto comunitario⁴⁷.

⁴⁵ Aspetto regolato dall'art. 8 dell'allegato I.

⁴⁶ Non appare errato ritenere che il Tribunale si esprima su tale punto sia d'ufficio che su impulso di parte.

⁴⁷ Anche per tale ragione, come espressamente indicato dalla Commissione nella relazione accompagnatoria della proposta di decisione istitutiva, l'intervento dell'avvocato generale in primo grado non risulta previsto.

3. L'impugnazione delle sentenze

Le sentenze del Tribunale della funzione pubblica potranno dunque essere impugnate innanzi al Tribunale di primo grado⁴⁸, che si esprimerà sui ricorsi proposti entro due mesi dalla notifica, agli interessati, dei provvedimenti impugnati. Potranno essere oggetto d'impugnazione sia le sentenze che i provvedimenti relativi ad eccezioni d'incompetenza o di irricevibilità, ed anche i provvedimenti che respingono un'istanza di intervento, pur se – in tal caso – il termine per l'impugnazione sarà ridotto a due settimane dall'avvenuta notifica. Legittimati a ricorrere saranno, da un lato, in qualità di ricorrenti privilegiati, gli Stati membri e le Istituzioni comunitarie così considerate, dall'altro, la parte rimasta soccombente – anche in modo parziale – nelle sue conclusioni; un ricorso degli eventuali intervenienti sarà, infine, ammesso solo nel caso in cui l'impugnanda decisione li riguardi direttamente⁴⁹.

Su questo punto, appare criptica la previsione, di cui all'art. 10.3 dell'allegato, circa un'ipotetica possibilità – che dovrebbe essere contenuta nel regolamento di procedura – secondo la quale il Presidente del Tribunale deciderà sulle impugnazioni seguendo una particolare procedura sommaria, derogando ad alcune norme contenute nell'allegato: nulla emerge circa l'individuazione delle caratteristiche di tale procedura sommaria, lasciata ad una disciplina futura da adottare in un secondo momento, così come delle norme cui – a mezzo di questa – si potrà derogare.

In concreto, normalmente l'impugnazione seguirà le stesse regole che valgono per i ricorsi proposti innanzi alla Corte di giustizia, limitandosi quindi ai soli motivi di diritto: questi potranno essere relativi all'incompetenza a decidere del Tribunale, a vizi di procedura che arrechino danno al ricorrente, nonché alla violazione del diritto comunitario; saranno comunque ritenute irricevibili quelle impugnazioni che avranno per unico oggetto la ridefinizione dell'onere e dell'importo delle spese cui sono state già condannate.

Quanto agli effetti del ricorso, questo non avrà natura sospensiva per la sentenza di primo grado, salvo che, in applicazione degli artt. 242 e 243 CE, il collegio non opti per la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato oppure per l'adozione di provvedimenti provvisori; qualora risulti accolto, il Tribunale di primo grado potrà annullare la decisione di primo grado e statuire direttamente sulla controversia oppure, nel caso in cui la causa non appaia matura per la decisione non essendo i giudici in possesso degli elementi ido-

⁴⁸ Al fine di garantire l'adeguata chiarezza richiesta dalla rilevanza dell'Istituzione stessa, sembra necessaria una nuova denominazione, auspicando entri presto in vigore quella prevista dalla Costituzione europea, secondo il cui art. 1-29 la Corte di giustizia dell'Unione europea comprenderà la Corte di giustizia, il Tribunale ed i Tribunali specializzati.

⁴⁹ Così dispone l'allegato I al suo art. 9; il riferimento espresso alle conseguenze dirette sembra interpretabile nel senso che queste dovranno derivare dalla sentenza e non essere dedotte dalle conseguenze che questa potrebbe, eventualmente, comportare.

nei a deciderla in via definitiva, si potrà operare un rinvio allo stesso Tribunale della funzione pubblica che, in questa seconda decisione, sarà vincolato da quanto deciso in punto di diritto in grado d'appello. Appare peraltro singolare che la norma precisi che il procedimento d'appello conterà di una fase scritta ed una orale, con la possibilità di decidere – previo parere delle parti – rinunciando alla trattazione orale. Pur nella consapevolezza che questo dovrebbe facilitare la chiarezza delle disposizioni che devono essere applicate⁵⁰, lascia comunque perplessi che sul punto venga ribadito un concetto già espresso in sede di regolamento di procedura del Tribunale di primo grado. La singolarità deriva inoltre dal fatto che si disciplini il processo di fronte a questi in un ambito normativo riguardante un giudice differente, pur se solamente camera giurisdizionale specializzata che al Tribunale di primo grado verrà affiancata.

Infine, come già accennato, la possibilità che abbia luogo un intervento della Corte di giustizia come giudice di ulteriore grado d'appello risulta limitata all'ipotesi prevista dal combinato disposto della seconda parte⁵¹ del comma 2 dell'art. 225 del Trattato e dell'art. 62 dello Statuto⁵², che disciplina l'eccezionale eventualità di un procedimento di riesame vincolandolo all'iniziativa del Primo Avvocato Generale, nel caso in cui ravvisi rischi tali da compromettere l'unità e la coerenza del diritto comunitario⁵³.

4. Considerazioni conclusive

Pur se un primo bilancio dell'attività del Tribunale della funzione pubblica potrà essere, evidentemente, compiuto solo dopo un certo periodo di attività, sembra comunque da accogliere positivamente la decisione della sua istituzione, che costituisce il primo concreto tentativo di risolvere quel problema di costante aumento del carico di lavoro gravante su Corte di giustizia e Tri-

⁵⁰ Così come ribadito anche nell'ottavo *considerando* della decisione istitutiva.

⁵¹ Secondo la lettera del Trattato, «Le decisioni emesse dal Tribunale di primo grado ai sensi del presente paragrafo possono eccezionalmente essere oggetto di riesame da parte della Corte di giustizia, alle condizioni ed entro i limiti previsti dallo statuto, ove sussistano gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto comunitario siano compromesse».

⁵² Secondo l'art. 62 dello Statuto, «Nei casi di cui all'art. 225, par. 2 e 3, del Trattato CE e all'art. 140 A, par. 2 e 3, del Trattato CEEA, il primo avvocato generale, allorché ritiene che esista un grave rischio per l'unità o la coerenza del diritto comunitario, può proporre alla Corte di riesaminare la decisione del Tribunale. La proposta deve essere presentata entro un mese a decorrere dalla pronuncia della decisione del Tribunale. La Corte decide, entro un mese a decorrere dalla proposta presentata dal primo avvocato generale, sull'opportunità o meno di riesaminare la decisione».

⁵³ Circa gli effetti della sentenza di riesame, la questione – pur sollevata anche dalla dichiarazione n. 13 allegata al Trattato di Nizza – non è stata ancora risolta. Allo stato attuale, una proposta della Corte di giustizia è diretta a riconoscere effetti a tale sentenza anche tra le parti, così prevenendo di riconoscere loro «il diritto di depositare dinanzi alla Corte memorie od osservazioni scritte sulle questioni oggetto di riesame entro un termine stabilito a tal fine»; la Corte potrà, qualora la reputi necessaria ai fini della statuizione della causa, decidere per l'apertura della fase orale. Sul punto si rinvia al sito <http://curia.eu.int>

bunale di primo grado che – inevitabilmente – si riflette sulla loro stessa efficienza. Pur se di tale istituzione beneficerà principalmente il Tribunale di primo grado, stante la forte incidenza dei ricorsi in materia di pubblico impiego comunitario sul numero totale delle cause innanzi ad esso incardinate⁵⁴, sembra potersi affermare che la nascita di questo Tribunale specializzato porterà ad un miglioramento complessivo del servizio offerto ai cittadini, anche in considerazione del prevedibile aumento dei ricorsi alla giurisdizione comunitaria che deriveranno dall'avvenuto ampliamento dell'Unione europea.

Marco Borraccetti**

⁵⁴ Si consideri che, secondo l'analisi delle statistiche giudiziarie del Tribunale di primo grado, nel 2003, su quattrocentosessantasei cause promosse innanzi al Tribunale, ben centoventiquattro riguardavano il pubblico impiego. Parimenti, erano centododici su quattrocentoundici nel 2002, centodieci su trecentoquarantacinque nel 2001 e, infine, centoundici su trecentonovantotto nel 2000. Per un'analisi completa si rinvia al sito <http://curia.eu.int>.

** Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna - Polo Universitario di Forlì.

DOCUMENTAZIONE

BREVETTI FARMACEUTICI E PAESI POVERI NEL QUADRO GIURIDICO DEL WTO*

Decision of 30 August 2003 of World Trade Organization, WT/L/540, 2 September 2003 on «Implementation of paragraph 6 of the Doha declaration on the TRIPS agreement and public health»**

The General Council,

Having regard to paragraphs 1, 3 and 4 of Article IX of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization ("the WTO Agreement");

Conducting the functions of the Ministerial Conference in the interval between meetings pursuant to paragraph 2 of Article IV of the WTO Agreement;

Noting the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (WT/MIN(01)/DEC/2) (the "Declaration") and, in particular, the instruction of the Ministerial Conference to the Council for TRIPS contained in paragraph 6 of the Declaration to find an expeditious solution to the problem of the difficulties that WTO Members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement and to report to the General Council before the end of 2002;

Recognizing, where eligible importing Members seek to obtain supplies under the system set out in this Decision, the importance of a rapid response to those needs consistent with the provisions of this Decision;

Noting that, in the light of the foregoing, exceptional circumstances exist justifying waivers from the obligations set out in paragraphs (f) and (h) of Article 31 of the TRIPS Agreement with respect to pharmaceutical products;

Decides as follows:

1. For the purposes of this Decision:

a. "pharmaceutical product" means any patented product, or product manufactured through a patented process, of the pharmaceutical sector needed to address the

* Relativamente alla decisione del Consiglio generale dell'OMC sull'attuazione del par. 6 della Dichiarazione di Doha per un accesso facilitato ai prodotti farmaceutici a basso costo in favore dei Paesi in via di sviluppo v. *infra*, p. 547 ss., il commento di CATERINA TUOSTO.

** This Decision was adopted by the General Council in the light of a statement read out by the Chairman, which can be found in JOB(03)/177. This statement will be reproduced in the minutes of the General Council to be issued as WT/GC/M/82.

public health problems as recognized in paragraph 1 of the Declaration. It is understood that active ingredients necessary for its manufacture and diagnostic kits needed for its use would be included¹;

b. "eligible importing Member" means any least-developed country Member, and any other Member that has made a notification² to the Council for TRIPS of its intention to use the system as an importer, it being understood that a Member may notify at any time that it will use the system in whole or in a limited way, for example only in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. It is noted that some Members will not use the system set out in this Decision as importing Members³ and that some other Members have stated that, if they use the system, it would be in no more than situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency;

c. "exporting Member" means a Member using the system set out in this Decision to produce pharmaceutical products for, and export them to, an eligible importing Member.

2. The obligations of an exporting Member under Article 31(f) of the TRIPS Agreement shall be waived with respect to the grant by it of a compulsory licence to the extent necessary for the purposes of production of a pharmaceutical product(s) and its export to an eligible importing Member(s) in accordance with the terms set out below in this paragraph:

a. the eligible importing Member(s)⁴ has made a notification² to the Council for TRIPS, that:

i. specifies the names and expected quantities of the product(s) needed⁵;

ii. confirms that the eligible importing Member in question, other than a least-developed country Member, has established that it has insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector for the product(s) in question in one of the ways set out in the Annex to this Decision; and

iii. confirms that, where a pharmaceutical product is patented in its territory, it has granted or intends to grant a compulsory licence in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement and the provisions of this Decision⁶;

b. the compulsory licence issued by the exporting Member under this Decision shall contain the following conditions:

i. only the amount necessary to meet the needs of the eligible importing Member(s) may be manufactured under the licence and the entirety of this production

¹ This subparagraph is without prejudice to subparagraph 1(b).

² It is understood that this notification does not need to be approved by a WTO body in order to use the system set out in this Decision.

³ Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, the Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States.

⁴ Joint notifications providing the information required under this subparagraph may be made by the regional organizations referred to in paragraph 6 of this Decision on behalf of eligible importing Members using the system that are parties to them, with the agreement of those parties.

⁵ The notification will be made available publicly by the WTO Secretariat through a page on the WTO website dedicated to this Decision.

⁶ This subparagraph is without prejudice to Article 66.1 of the TRIPS Agreement.

shall be exported to the Member(s) which has notified its needs to the Council for TRIPS;

ii. products produced under the licence shall be clearly identified as being produced under the system set out in this Decision through specific labelling or marking. Suppliers should distinguish such products through special packaging and/or special colouring/shaping of the products themselves, provided that such distinction is feasible and does not have a significant impact on price; and

iii. before shipment begins, the licensee shall post on a website⁷ the following information:

- the quantities being supplied to each destination as referred to in indent (i) above; and

- the distinguishing features of the product(s) referred to in indent (ii) above;

c. the exporting Member shall notify⁸ the Council for TRIPS of the grant of the licence, including the conditions attached to it.⁹ The information provided shall include the name and address of the licensee, the product(s) for which the licence has been granted, the quantity(ies) for which it has been granted, the country(ies) to which the product(s) is (are) to be supplied and the duration of the licence. The notification shall also indicate the address of the website referred to in subparagraph (b)(iii) above.

3. Where a compulsory licence is granted by an exporting Member under the system set out in this Decision, adequate remuneration pursuant to Article 31(h) of the TRIPS Agreement shall be paid in that Member taking into account the economic value to the importing Member of the use that has been authorized in the exporting Member. Where a compulsory licence is granted for the same products in the eligible importing Member, the obligation of that Member under Article 31(h) shall be waived in respect of those products for which remuneration in accordance with the first sentence of this paragraph is paid in the exporting Member.

4. In order to ensure that the products imported under the system set out in this Decision are used for the public health purposes underlying their importation, eligible importing Members shall take reasonable measures within their means, proportionate to their administrative capacities and to the risk of trade diversion to prevent re-exportation of the products that have actually been imported into their territories under the system. In the event that an eligible importing Member that is a developing country Member or a least-developed country Member experiences difficulty in implementing this provision, developed country Members shall provide, on request and on mutually agreed terms and conditions, technical and financial cooperation in order to facilitate its implementation.

5. Members shall ensure the availability of effective legal means to prevent the importation into, and sale in, their territories of products produced under the system set out in this Decision and diverted to their markets inconsistently with its provi-

⁷ The licensee may use for this purpose its own website or, with the assistance of the WTO Secretariat, the page on the WTO website dedicated to this Decision.

⁸ It is understood that this notification does not need to be approved by a WTO body in order to use the system set out in this Decision.

⁹ The notification will be made available publicly by the WTO Secretariat through a page on the WTO website dedicated to this Decision.

sions, using the means already required to be available under the TRIPS Agreement. If any Member considers that such measures are proving insufficient for this purpose, the matter may be reviewed in the Council for TRIPS at the request of that Member.

6. With a view to harnessing economies of scale for the purposes of enhancing purchasing power for, and facilitating the local production of, pharmaceutical products:

i. where a developing or least-developed country WTO Member is a party to a regional trade agreement within the meaning of Article XXIV of the GATT 1994 and the Decision of 28 November 1979 on Differential and More Favourable Treatment Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (L/4903), at least half of the current membership of which is made up of countries presently on the United Nations list of least-developed countries, the obligation of that Member under Article 31(f) of the TRIPS Agreement shall be waived to the extent necessary to enable a pharmaceutical product produced or imported under a compulsory licence in that Member to be exported to the markets of those other developing or least-developed country parties to the regional trade agreement that share the health problem in question. It is understood that this will not prejudice the territorial nature of the patent rights in question;

ii. it is recognized that the development of systems providing for the grant of regional patents to be applicable in the above Members should be promoted. To this end, developed country Members undertake to provide technical cooperation in accordance with Article 67 of the TRIPS Agreement, including in conjunction with other relevant intergovernmental organizations.

7. Members recognize the desirability of promoting the transfer of technology and capacity building in the pharmaceutical sector in order to overcome the problem identified in paragraph 6 of the Declaration. To this end, eligible importing Members and exporting Members are encouraged to use the system set out in this Decision in a way which would promote this objective. Members undertake to cooperate in paying special attention to the transfer of technology and capacity building in the pharmaceutical sector in the work to be undertaken pursuant to Article 66.2 of the TRIPS Agreement, paragraph 7 of the Declaration and any other relevant work of the Council for TRIPS.

8. The Council for TRIPS shall review annually the functioning of the system set out in this Decision with a view to ensuring its effective operation and shall annually report on its operation to the General Council. This review shall be deemed to fulfil the review requirements of Article IX:4 of the WTO Agreement.

9. This Decision is without prejudice to the rights, obligations and flexibilities that Members have under the provisions of the TRIPS Agreement other than paragraphs (f) and (h) of Article 31, including those reaffirmed by the Declaration, and to their interpretation. It is also without prejudice to the extent to which pharmaceutical products produced under a compulsory licence can be exported under the present provisions of Article 31(f) of the TRIPS Agreement.

10. Members shall not challenge any measures taken in conformity with the provisions of the waivers contained in this Decision under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994.

11. This Decision, including the waivers granted in it, shall terminate for each

Member on the date on which an amendment to the TRIPS Agreement replacing its provisions takes effect for that Member. The TRIPS Council shall initiate by the end of 2003 work on the preparation of such an amendment with a view to its adoption within six months, on the understanding that the amendment will be based, where appropriate, on this Decision and on the further understanding that it will not be part of the negotiations referred to in paragraph 45 of the Doha Ministerial Declaration (WT/MIN(01)/DEC/1).

ANNEX

Assessment of Manufacturing Capacities in the Pharmaceutical Sector

Least-developed country Members are deemed to have insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector.

For other eligible importing Members insufficient or no manufacturing capacities for the product(s) in question may be established in either of the following ways:

i. the Member in question has established that it has no manufacturing capacity in the pharmaceutical sector;

OR

ii. where the Member has some manufacturing capacity in this sector, it has examined this capacity and found that, excluding any capacity owned or controlled by the patent owner, it is currently insufficient for the purposes of meeting its needs. When it is established that such capacity has become sufficient to meet the Member's needs, the system shall no longer apply.

The General Council Chairperson's Statement***

The General Council has been presented with a draft Decision contained in document IP/C/W/405 to implement paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. This Decision is part of the wider national and international action to address problems as recognized in paragraph 1 of the Declaration. Before adopting this Decision, I would like to place on the record this Statement which represents several key shared understandings of Members regarding the Decision to be taken and the way in which it will be interpreted and implemented. I would like to emphasize that this Statement is limited in its implications to paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health.

First, Members recognize that the system that will be established by the Decision should be used in good faith to protect public health and, without prejudice to paragraph 6 of the Decision, not be an instrument to pursue industrial or commercial policy objectives.

Second, Members recognize that the purpose of the Decision would be defeated

*** *La presente Comunicazione accompagna la decisione del Consiglio generale dell'OMC sull'attuazione del par. 6 della Dichiarazione di Doha. Tale Comunicazione – senza la quale non sarebbe stato possibile ottenere il consenso dei Paesi industrializzati – contiene diverse indicazioni necessarie all'interpretazione e all'attuazione della decisione (n.d.r.).*

if products supplied under this Decision are diverted from the markets for which they are intended. Therefore, all reasonable measures should be taken to prevent such diversion in accordance with the relevant paragraphs of the Decision. In this regard, the provisions of paragraph 2(b)(ii) apply not only to formulated pharmaceuticals produced and supplied under the system but also to active ingredients produced and supplied under the system and to finished products produced using such active ingredients. It is the understanding of Members that in general special packaging and/or special colouring or shaping should not have a significant impact on the price of pharmaceuticals.

In the past, companies have developed procedures to prevent diversion of products that are, for example, provided through donor programmes. "Best practices" guidelines that draw upon the experiences of companies are attached to this statement for illustrative purposes. Members and producers are encouraged to draw from and use these practices, and to share information on their experiences in preventing diversion.

Third, it is important that Members seek to resolve any issues arising from the use and implementation of the Decision expeditiously and amicably:

- To promote transparency and avoid controversy, notifications under paragraph 2(a)(ii) of the Decision would include information on how the Member in question had established, in accordance with the Annex, that it has insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector.

- In accordance with the normal practice of the TRIPS Council, notifications made under the system shall be brought to the attention of its next meeting.

- Any Member may bring any matter related to the interpretation or implementation of the Decision, including issues related to diversion, to the TRIPS Council for expeditious review, with a view to taking appropriate action.

- If any Member has concerns that the terms of the Decision have not been fully complied with, the Member may also utilise the good offices of the Director-General or Chair of the TRIPS Council, with a view to finding a mutually acceptable solution.

Fourth, all information gathered on the implementation of the Decision shall be brought to the attention of the TRIPS Council in its annual review as set out in paragraph 8 of the Decision.

In addition, as stated in footnote 3 to paragraph 1(b) of the Decision, the following Members have agreed to opt out of using the system as importers: Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom and United States of America.

Until their accession to the European Union, Czech Republic, Cyprus, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovak Republic and Slovenia agree that they would only use the system as importers in situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency. These countries further agree that upon their accession to the European Union, they will opt out of using the system as importers.

As we have heard today, and as the Secretariat has been informed in certain communications, some other Members have agreed that they would only use the system as importers in situations of national emergency or other circumstances of ex-

treme urgency: Hong Kong China, Israel, Korea, Kuwait, Macao China, Mexico, Qatar, Singapore, Chinese Taipei, Turkey, United Arab Emirates.

ATTACHMENT

"Best Practices" Guidelines

Companies have often used special labelling, colouring, shaping, sizing, etc. to differentiate products supplied through donor or discounted pricing programmes from products supplied to other markets. Examples of such measures include the following:

- Bristol Myers Squibb used different markings/imprints on capsules supplied to sub-Saharan Africa.

- Novartis has used different trademark names, one (Riamet®) for an anti-malarial drug provided to developed countries, the other (Coartem®) for the same products supplied to developing countries. Novartis further differentiated the products through distinctive packaging.

- GlaxoSmithKline (GSK) used different outer packaging for its HIV/AIDS medications Combivir, Efavir and Trizivir supplied to developing countries. GSK further differentiated the products by embossing the tablets with a different number than tablets supplied to developed countries, and plans to further differentiate the products by using different colours.

- Merck differentiated its HIV/AIDS antiretroviral medicine CRIVAN through special packaging and labelling, i.e., gold-ink printing on the capsule, dark green bottle cap and a bottle label with a light-green background.

- Pfizer used different colouring and shaping for Diflucan pills supplied to South Africa.

Producers have further minimized diversion by entering into contractual arrangements with importers/distributors to ensure delivery of products to the intended markets.

To help ensure use of the most effective anti-diversion measures, Members may share their experiences and practices in preventing diversion either informally or through the TRIPS Council. It would be beneficial for Members and industry to work together to further refine anti-diversion practices and enhance the sharing of information related to identifying, remedying or preventing specific occurrences of diversion.

I BREVETTI FARMACEUTICI E I PAESI IN VIA DI SVILUPPO

Sommario: **1.** *Introduzione: La tutela internazionale dei brevetti e le sue implicazioni sul mancato accesso ai farmaci nei Paesi in via di sviluppo* - **2.** *Il trattamento dei Paesi in via di sviluppo secondo l'Accordo GATT 1994 e l'Accordo TRIPs* - **3.** *Le eccezioni generali e le clausole di deroga. L'articolo XX GATT 1994 e l'art. 31 TRIPs* - **4.** *Il regime delle licenze obbligatorie previste nell'Accordo TRIPs* - **5.** *L'emergenza sanitaria sudafricana e la necessità di una rilettura dell'Accordo TRIPs* - **6.** *La Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPs e sulla salute pubblica* - **7.** *La Dichiarazione del Consiglio generale dell'OMC sull'attuazione del par. 6 della Dichiarazione di Doha per un accesso facilitato ai Paesi in via di sviluppo dei prodotti farmaceutici a basso costo (30 agosto 2003)* - **8.** *Analisi del sistema stabilito dalla decisione del Consiglio generale del 30 agosto 2003* - **a.** *Beneficiari* - **b.** *Trasparenza* - **c.** *Compenso* - **d.** *Misure di salvaguardia contro la deviazione degli scambi* - **e.** *Trasferimento di tecnologia nel settore farmaceutico e rafforzamento delle capacità in quest'area* - **9.** *La Comunicazione del Presidente del Consiglio generale sulla prevenzione dell'elusione dei limiti stabiliti per impedire la deviazione degli scambi riguardanti i farmaci prodotti in forza della decisione del 30 agosto 2003* - **10.** *I progressi compiuti nell'implementazione degli impegni stabiliti dalla Decisione del Consiglio generale concernente le licenze obbligatorie d'esportazione di prodotti farmaceutici* - **11.** *Conclusioni.*

1. Introduzione: La tutela internazionale dei brevetti e le sue implicazioni sul mancato accesso ai farmaci nei Paesi in via di sviluppo

I diritti sulla proprietà intellettuale sono emersi nel mondo industrializzato come mezzo per mediare e controllare la circolazione del sapere, sulla base del presupposto che i creatori o autori delle idee abbiano il diritto economico a un equo ritorno per il loro sforzo e il diritto morale a che le loro idee non vengano distorte. Si sostiene che il brevetto permette la valutazione di un'in-

venzione rendendone trasferibili i diritti di sfruttamento economico¹, mentre gli investimenti in ricerca & sviluppo (R&S), in assenza di tutela legale, diminuirebbero drasticamente².

È proprio in campo brevettale che l'Accordo sugli Aspetti della Proprietà Intellettuale Inerenti al Commercio (TRIPs) ha innovato in misura significativa sancendo, sul piano internazionale, che i «brevetti dovranno essere disponibili per qualsiasi invenzione, che si tratti di prodotti o processi, in tutti i campi della tecnologia», ivi inclusi i farmaceutici, che molti Paesi in via di sviluppo (PVS) avevano precedentemente escluso dalla protezione brevettale (art. 27 *I.* TRIPs).

La scelta legislativa di escludere dalla brevettazione le invenzioni farmaceutiche mirava a favorire l'accesso alle cure ed ai prodotti farmaceutici alle proprie popolazioni e, quindi, ad adeguare il sistema normativo al proprio livello di sviluppo economico.

L'attenzione verso i problemi dello sviluppo, in special modo, verso quelli relativi alla possibilità di assicurare l'accesso ai farmaci, ha reso evidente la necessità di valutare con attenzione se ed in che misura l'attuale disciplina dei brevetti, prevista nell'Accordo TRIPs, costituisca un fattore di limitazione del diritto alla salute quando viene ad essere applicata ai PVS.

La disciplina dei brevetti ha recepito le proposte dei Paesi industrializzati, prime fra tutte quelle degli Stati Uniti, senza tenere conto che l'estensione della brevettabilità ai prodotti farmaceutici, all'interno di quei Paesi, è avvenuta solo al raggiungimento di uno stadio avanzato di sviluppo economico. A sostegno di questa linea si faceva osservare che il brevetto garantisce un incentivo per lo sviluppo di nuovi farmaci il cui costo è determinato dagli oneri della ricerca e dello sviluppo del prodotto stesso ed, a monte, dal mantenimento di una struttura di ricerca e sperimentazione. D'altro canto proprio gli investimenti in R&S hanno prodotto farmaci salvavita che hanno trasformato l'infezione da HIV in una condizione che può essere, finalmente, gestita. Sembrava quindi logico e necessario concedere la possibilità di tutelare attraverso il brevetto gli investimenti effettuati, al fine di evitare che l'invenzione potesse essere sfruttata indiscriminatamente dalle concorrenti dell'impresa innovatrice, a tutto discapito dell'attività di ricerca.

¹ J. O. LANJOUW - M. SCHANKERMAN, *The quality of ideas: measuring innovation with multiple indicators*, in *National Bureau of Economic Research (NBER)*, Working Paper n. 7345, September 1999.

² E. MANSFIELD, *Patents and Innovation: An Empirical Study*, 32 *Management Science* (1986); Z. A. SILBERSTON, *The Economic Impact of the Patents*, London, The Common Law Institute of Intellectual Property, 1987.

A fronte di tali argomentazioni, veniva messo in discussione il principio della brevettabilità dei prodotti farmaceutici sulla base della constatazione che se i pazienti nei Paesi poveri non possono sostenere i costi elevati dei medicinali, l'esistenza di terapie innovative non ha nessun valore in quanto le stesse non possono essere impiegate.

Al riguardo, nel 2003 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ed il Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) hanno dichiarato che l'ineguaglianza nell'accesso ai trattamenti HIV/AIDS rappresenta una emergenza sanitaria pubblica globale. Sebbene una appropriata disciplina giuridica in merito non possa essere considerata la soluzione decisiva, risposte normative opportune possono contribuire notevolmente ad assicurare una possibilità di accesso ai farmaci. In effetti per affrontare correttamente la questione è opportuno interrogarsi se l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) rappresenti la sede più idonea nella quale cercare di dare una soluzione al problema che investe direttamente il diritto alla vita di ogni uomo. A tale scopo ci è sembrato opportuno analizzare come il problema sia stato affrontato in ambito OMC.

2. Il trattamento dei Paesi in via di sviluppo secondo l'Accordo GATT 1994 e l'Accordo TRIPS

La maggior parte (circa i due terzi) dei Membri dell'OMC sono Paesi in via di sviluppo trenta dei quali sono da inserire tra i Paesi meno avanzati (PMA)³. Gli Accordi multilaterali dell'OMC includono numerose disposizioni che prevedono un trattamento speciale e differenziato a favore dei PVS e dei PMA. Tali disposizioni tengono in considerazione i problemi dello sviluppo e le specifiche difficoltà nelle quali si imbattono tali Paesi, in particolare, i PMA, nella prospettiva che il commercio internazionale possa svolgere un ruolo importante nella promozione del loro sviluppo economico.

Il principio informatore che influenzò i negoziati di tali accordi si basò sull'idea che i problemi dello sviluppo si sarebbero risolti garantendo, attraverso l'apertura e il funzionamento dei mercati dei vari Stati, la migliore allocazione su scala internazionale delle risorse produttive. Sul piano normativo, la posizione e il trattamento dei PVS si propose di favorire una integrazione sullo stesso piano sia dei Paesi industrializzati che di quelli in via di sviluppo. La nuova prospettiva accolta dall'OMC venne ribadita dalle parti contraenti nel riconoscere «che occorre adoperarsi concretamente affinché i paesi in via di sviluppo, in particolare quelli meno avanzati, si assicurino una quota della

³ La lista delle Nazioni Unite ha individuato 49 PMA, 30 dei quali sono Membri dell'OMC.

crescita del commercio internazionale proporzionale alle necessità del loro sviluppo economico»⁴ (Preambolo Accordo OMC).

Come evidenziato, il sistema multilaterale non rimase insensibile ai problemi dello sviluppo, ma tese a regolarli assumendo due orientamenti, espressione della dualità delle norme applicabili, prevedendo accanto a norme rivolte al rilancio del liberalismo e dell'integrazione economica su scala mondiale, altre che tendessero a garantire in modo istituzionale ai PVS un trattamento differenziato.

Il nuovo sistema OMC così delineato non ha escluso, infatti, che si attribuiscono ai PVS dei trattamenti preferenziali. Il Preambolo del GATT 1994 ne ha stabilito gli obiettivi, ossia quelli attinenti allo sviluppo sostenibile, alla crescita economica dei PVS, ed in particolare di quelli meno avanzati, subordinandoli alla conclusione di accordi «finalizzati a una sostanziale riduzione delle tariffe e degli altri ostacoli agli scambi». Nel caso di prodotti sottoposti a tariffe doganali ordinarie non vincolanti, i PVS hanno avuto l'opportunità di offrire tetti tariffari vincolanti su questi prodotti mentre i Paesi meno sviluppati sono stati esentati dagli impegni di riduzione. Per attuare gli impegni relativi all'accesso al mercato, i Paesi sviluppati si obbligarono a tener pienamente conto dei particolari bisogni e delle condizioni dei PVS, garantendo un allargamento più ampio delle opportunità e dei termini di accesso per i prodotti agricoli di particolare interesse per questi Paesi.

Con riferimento ai TRIPs, le esigenze dei Paesi meno sviluppati sono state riconosciute nel Preambolo dove si stabilisce che gli Stati membri, nel dare esecuzione alle disposizioni dell'Accordo nelle loro legislazioni, hanno massima flessibilità nella facoltà di determinare le appropriate modalità di attuazione delle disposizioni dell'Accordo stesso nel quadro delle rispettive legislazioni e procedure ed al fine di creare una struttura tecnologica basilare. A tale scopo, mentre i TRIPs sono divenuti pienamente efficaci il 1° gennaio 1996, i membri PVS e i PMA non sono stati obbligati ad applicare le disposizioni di quest'ultimo prima della scadenza di un periodo di quattro anni oltre la suddetta data limite (Artt. 65 e 66 *I.*). Al contempo, i Paesi industrializzati hanno assunto l'impegno di destinare incentivi alle proprie imprese ed istituzioni tesi ad incoraggiare trasferimenti di tecnologia verso i PVS (art. 66 *2.* TRIPs).

⁴ Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), in *Guce* n. L 336 del 23 dicembre 1994, p. 3 ss.

3. Le eccezioni generali e le clausole di deroga. L'articolo XX GATT 1994 e l'art. 31 TRIPS

Accanto alle summenzionate norme, aventi natura essenzialmente esortativa, ve ne sono altre che possiedono maggiore incidenza nell'assistere i PVS a livello pragmatico. Gli Accordi dell'OMC prevedono diverse eccezioni generali (o meglio applicabili a qualunque norma del trattato a cui si riferiscono) o speciali (vale a dire solo all'area a cui si riferiscono). Per quel che riguarda le loro finalità, le deroghe in questione servono sostanzialmente a stabilire un punto di equilibrio tra il diritto di uno Stato membro di invocare l'eccezione per un determinato obiettivo e i diritti acquisiti dagli altri.

L'esercizio della sovranità degli Stati nell'applicazione di una delle clausole di eccezione non è libero da vincoli, ma è subordinato: *i.* al rispetto dei principi e quindi delle finalità dell'esenzione e *ii.* al soddisfacimento di determinate condizioni. Tale *framework* di finalità, principi e condizioni trovò la sua prima formulazione nella disposizione dell'articolo XX del GATT e non è stata oggetto di revisione, sicché il suo contenuto è rimasto invariato così come formulato nel testo originario del GATT 1947. Tale disposizione, nel quadro delle "eccezioni generali" alle norme stabilite in materia di liberalizzazione degli scambi internazionali, riconosce il diritto dei Paesi partecipanti ad adottare, tra le altre, «misure necessarie a proteggere la salute umana, animale e vegetale» (articolo XX, lett. *b.*).

L'adozione di tali misure, in deroga alle obbligazioni precedentemente assunte, ha carattere automatico e, quindi, non richiede alcuna autorizzazione preventiva o controllo *ex post* da parte dell'OMC. Nel caso *US-Shrimp*⁵, l'Organo d'appello sottolineò che le misure ex articolo XX testimoniano l'importanza della ricerca di un equilibrio tra le necessità di tutelare determinate esigenze e valori delle comunità nazionali e quelle di salvaguardia del quadro multilaterale del commercio.

In particolare, l'articolo XX elenca in dieci punti, dalla lett. *a.* alla *f.*, una serie di esenzioni generali che gli Stati possono invocare, nel caso in cui ricorrano gli obiettivi di politica pubblica in essi indicati, mentre nella parte introduttiva (detta *chapeau*) individua due importanti condizioni. Orbene, l'adozione di una misura, rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo in esame, richiede una duplice valutazione la quale esige *a.* di stabilire se le misure che si intendono adottare rientrano in una delle situazioni previste e, in caso di esito positivo, *b.* di verificare se le stesse rispondono ai requisiti generali contemplati nel preambolo. Quest'ultimo prevede che il ricorso ad una

⁵ WT/DS58/AB/R 22 October 2001 United States - Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products Recourse To Article 21.5 Of The Dsu By Malaysia AB-2001-4 Report of the Appellate Body.

qualunque delle eccezioni generali non deve costituire «un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Paesi dove esistano le stesse condizioni» oppure «una larvata restrizione al commercio internazionale». L'intento perseguito da tale disposizione è, evidentemente, quello di impedire l'applicazione della clausola a provvedimenti non conformi al principio di buona fede. In virtù di tale principio, assume importanza anche l'altra condizione, ulteriormente limitativa della possibilità di ricorso alle eccezioni in esame, in base alla quale si richiede che esse siano necessarie ed indispensabili rispetto allo scopo perseguito e quindi risulti non sussistere alcuna opzione alternativa compatibile⁶.

Il contenuto delle disposizioni dell'articolo XX GATT è stato riproposto in altre norme e in settori diversi da quello originario degli scambi di merci: in particolare nell'art. 31 TRIPs e nella Decisione del Consiglio generale dell'OMC sull'attuazione al par. 6 della Dichiarazione di Doha adottata il 30 agosto 2003.

L'Accordo TRIPs prevede diverse disposizioni aventi lo scopo di stabilire un punto di equilibrio tra il diritto di uno Stato membro di invocare l'eccezione per un determinato obiettivo e i diritti acquisiti dagli altri. L'art. 7 stabilisce che la protezione ed applicazione dei diritti della proprietà intellettuale «should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, (...) and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations». Nell'intento di trovare tale bilanciamento o per dire un compromesso tra la protezione della proprietà intellettuale ed il diritto alla salute, l'art. 31 disciplina il ricorso alle licenze obbligatorie il quale divenne principale oggetto di discussione in seno alla Conferenza Ministeriale di Doha che verrà di seguito esaminata.

4. Il regime delle licenze obbligatorie previsto nell'Accordo TRIPs

Nell'ambito dell'Accordo TRIPs è stato previsto il sistema delle licenze obbligatorie quale limite convenzionale agli obblighi stabiliti dallo stesso Accordo. Ma, come la vicenda legata alla fabbricazione e/o commercializzazione dei prodotti farmaceutici nei PVS ha dimostrato, tale regime di eccezione è risultato non pienamente rispondente ad uno degli scopi per cui esso era stato previsto, cioè consentire ai Paesi in difficoltà di fronteggiare situazioni di emergenza.

Il diritto dei Paesi a rilasciare licenze obbligatorie contiene l'autorizzazione a produrre o importare copie di un farmaco anche senza l'autorizzazio-

⁶ WT/DS58/AB/RW, US – Shrimp, 22 October 2001; Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, 7 November 1990, GATT BISD (37 supp.) at 200.

ne del titolare del brevetto e, quindi, priva quest'ultimo del suo monopolio.

L'art. 31 TRIPs prevede una serie di ipotesi di «uso senza il consenso del titolare» senza disciplinarne direttamente i casi. Peraltro, emergono dalle previsioni cinque ipotesi non esclusive, certo che altre ve ne sono di utilizzo senza il consenso del titolare: emergenza nazionale o altri casi di estrema urgenza; pratiche anti-concorrenziali; uso pubblico non commerciale, brevetti dipendenti. La norma detta piuttosto una serie di condizioni cui detto uso deve sottostare. In particolare la condizione dell'art. 31, lett. *b.* vuole l'uso senza consenso del titolare autorizzato solo «se precedentemente l'aspirante utilizzatore ha cercato di ottenere l'autorizzazione del titolare secondo eque condizioni e modalità commerciali e le sue iniziative non hanno avuto esito positivo entro un ragionevole periodo di tempo». Tale condizione è senz'altro derogabile nell'ipotesi di emergenza nazionale o estrema urgenza. Altre importanti condizioni prevedono che:

- sia versato equo compenso al titolare – lett. *h.* e

- la produzione realizzata attraverso il meccanismo delle licenze obbligatorie venga destinata prevalentemente per rifornire il mercato interno – lett. *f.*

La presenza tra tali condizioni di quelle di cui alle lett. *h.* ed *f.* testimoniano l'inadeguatezza del sistema di deroghe contenuto nei TRIPs perché troppo restrittivo e inadeguato ad individuare soluzioni adatte a far fronte ad esempio alla conclamata emergenza sanitaria causata dal diffondersi della HIV ed altre malattie epidemiche nei PVS e nei PMA. Le regole di approvvigionamento di medicinali e i vincoli all'esportazione stabiliscono che quando un Paese decide di utilizzare l'invenzione per ragioni di interesse pubblico, senza l'autorizzazione del titolare del brevetto stesso, la copia del medicinale, realizzata dai produttori locali in regime di eccezione, debba essere destinata essenzialmente al mercato interno. Ne consegue che se i Paesi potenziali produttori sono autorizzati ad esportare solo un ridotto quantitativo di prodotti farmaceutici, i Paesi che non dispongono delle strutture necessarie, potranno difficilmente ottenere l'approvvigionamento di tali prodotti. Inoltre, l'altra condizione contenuta nella lett. *h.* costituisce un problema di certo non residuale, contribuendo a rendere i farmaci non accessibili a coloro che non sono in grado di sostenere il prezzo delle nuove sostanze, il quale, appunto, è determinato altresì dalla *royalty* che deve essere versata al titolare del brevetto, anche nel caso di concessione di licenze obbligatorie.

L'insufficiente o la totale mancanza di capacità produttiva nel settore farmaceutico, il timore che potenziali investitori potessero reagire negativamente non investendo laddove si fa uso del meccanismo delle licenze obbligatorie o di essere trascinati in costose ed incerte controversie davanti all'organo di soluzione delle controversie dell'OMC, costituiscono alcuni dei motivi frenanti fino ad ora del mancato ricorso alle licenze obbligatorie da parte dei PVS/PMA. D'altro canto, il timore che i PVS potessero ricorrere troppo facil-

mente alla concessione di licenze obbligatorie ha spinto i Paesi industrializzati, specialmente gli Stati Uniti, ovvero i settori industrializzati interessati, ad usare pressioni in modo da scoraggiarne il ricorso. Quanto è accaduto in Sudafrica, allorché fu promulgato il «*Medicines and related substances Control Amended Act*» n. 90 del 1997 (*Medicines Act*).

5. L'emergenza sanitaria sudafricana e la necessità di una rilettura dell'Accordo TRIPs

La vicenda sudafricana prese avvio quando fu promulgato il *Medicines Act*, che facilitava l'accesso ai farmaci dando la possibilità al Governo del Sudafrica di importare medicinali a basso costo. Le principali compagnie farmaceutiche multinazionali, attraverso la *Pharmaceutical Manufacturer Association* (PMA), decisero di rivolgersi all'Alta Corte di Pretoria per far valere le proprie ragioni⁷. Secondo le 39 aziende farmaceutiche, la suddetta legge attribuiva al Ministro della salute il potere di espropriare i titolari di brevetti farmaceutici dei propri diritti, senza fissare alcun limite a tale potere e senza prevedere alcuna forma di indennizzo. Le multinazionali sostenevano che il Governo sudafricano aveva contravvenuto agli obblighi assunti in base alle norme contenute nell'Accordo TRIPs divenuto vincolante nella Repubblica del Sudafrica in seguito all'adozione dell'*Intellectual Property Laws Amendment Act*, No. 38 del 1997, che aveva recepito il suddetto trattato internazionale. In particolare, le aziende farmaceutiche argomentarono che l'art. 27 TRIPs prevede che i «brevetti dovranno essere disponibili per qualsiasi invenzione, (...) in tutti i campi della tecnologia», inclusi i farmaceutici, mentre il *Medicines Act*, applicandosi esclusivamente ai prodotti farmaceutici, risultava discriminare tra i diversi campi della tecnologia in quanto escludeva dal godimento dei relativi diritti solo i titolari dei brevetti farmaceutici. Contrariamente a quanto affermato nel ricorso, le aziende farmaceutiche temevano che il Governo sudafricano applicasse la nuova normativa non solo per permettere l'importazione ma anche per consentire la produzione di farmaci attraverso il ricorso alle licenze obbligatorie. Esse intendevano impedire al Sudafrica di importare medicine a basso costo dagli altri PVS invece che dai Paesi industrializzati. In gioco era il diritto alla salute contrapposto al diritto dei titolari della proprietà intellettuale di sfruttare economicamente i brevetti.

⁷ Case no: 4183/98, the High Court of South Africa, The Pharmaceutical Manufacturers' Association of *South Africa* and others v. the President of the Republic of *South Africa*, Mr N.R. Mandela and others.

In seguito alle proteste internazionali che tale causa sollevò⁸, le imprese nordamericane decisero di desistere dal proseguire la battaglia legale. Il 19 aprile 2001 l'avvocato delle multinazionali Fanie Cilliers annunciò il ritiro delle 39 aziende dal giudizio. Le parti raggiunsero un accordo amichevole. Esse condivisero l'impegno a lavorare insieme per realizzare gli obiettivi e le strategie di salute del governo, contribuendo ciascuna con risorse e competenze appropriate. Il Governo della Repubblica del Sudafrica reiterò il suo impegno ad onorare i suoi obblighi internazionali, incluso l'Accordo TRIPs.

In realtà, la legge sudafricana chiaramente si riferiva solo alla possibilità di importare farmaci senza alcun riferimento alle licenze obbligatorie. L'art. 28 TRIPs enuncia tra i diritti conferiti dal brevetto, quello di «vietare ai terzi (...) l'importazione ai fini della vendita del prodotto brevettato». Tuttavia questa facoltà è subordinata all'applicazione dell'art. 6, il quale prevede che ogni Stato membro è libero di scegliere se applicare o meno la dottrina di *exhaustion*, a condizione che si rispetti la clausola della nazione più favorita e di quella del trattamento nazionale. Nessun riferimento è contenuto rispetto al principio di non discriminazione. Secondo la suddetta dottrina, quando il prodotto brevettato è stato messo sul mercato con il suo consenso, il titolare del brevetto non può più esercitare alcun diritto e quindi non può più impedirne la reimportazione. È chiaro che se egli ha precedentemente distribuito il prodotto in un Paese ad un prezzo basso, un altro Stato, dove lo stesso prodotto è venduto ad un prezzo più alto, avrà interesse ad importarlo. In tale contesto, il *Medicines Act* aveva introdotto la possibilità di importare farmaci a basso costo, una opzione non precedentemente prevista nel *South African Patents Act*, ma al contrario permessa dall'Accordo TRIPs.

Al Consiglio TRIPs del 2-5 aprile 2001, il gruppo degli Stati africani pose all'ordine del giorno la necessità di chiarire l'interpretazione ed applicazione delle norme dell'Accordo TRIPs dal punto di vista tanto della relazione tra tutela della proprietà intellettuale ed accesso alle medicine quanto, e più in generale, degli strumenti consentiti o meno dall'Accordo per affrontare le emergenze relative alla salute pubblica⁹. L'Unione europea e gli Stati membri sostennero la proposta, che si integrava nelle iniziative in materia condotte a livello comunitario¹⁰. Al vertice di Doha, gli Stati membri sottolinearono l'importanza dell'«all'attuazione ed interpretazione dell'Accordo relativo agli

⁸ A sostegno del Governo sudafricano si sono attivate diverse organizzazioni non governative (Medicines Sans Frontières, Oxfam, Treatment Action Campaign, Health GAP Coalition, Organizzazione Mondiale della Sanità), e attivisti di vari continenti (Africa, Europa, Stati Uniti).

⁹ WTO IP/C/W/296 29 giugno 2001 Contributo del Gruppo Africano, Barbados, Bolivia, Brasile, Cuba, Repubblica Dominicana, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Giamaica, Pakistan, Paraguay, Filippine, Perù, Sri Lanka, Tailandia e Venezuela

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 953/2003 del Consiglio, del 26 maggio 2003, inteso ad evitare la diversione verso l'Unione europea di taluni medicinali essenziali, in *Guce* n. L 135 del 3 giugno 2003, p. 5 ss.

aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (TRIPs Agreement), in modo che esso sia di sostegno alla salute pubblica, promuovendo sia l'accesso alle medicine esistenti che la ricerca e lo sviluppo di nuovi medicinali e, a tale proposito»¹¹ adottarono una separata Dichiarazione sull'Accordo TRIPs e sulla salute pubblica.

6. La Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPs e sulla salute pubblica

La Dichiarazione sull'Accordo TRIPs e sulla salute pubblica¹², rilasciata dai Ministri in occasione della Conferenza ministeriale svoltasi a Doha il 14 novembre 2001, costituisce un tentativo apprezzabile di rilettura dell'Accordo TRIPs dal punto di vista del rapporto tra sanità (*rectius*: emergenza sanitaria) e PVS/PMA.

Essa contiene *in primis* l'esplicito riconoscimento della gravità della crisi sanitaria causata dal diffondersi della HIV, della tubercolosi, della malaria e di altre malattie epidemiche nei PVS ed in quelli meno avanzati (par. 1) e del fatto che essa costituisce in effetti per molti Membri motivo di emergenza nazionale sanitaria, legittimando in tal modo il ricorso da parte di tali Membri agli strumenti necessari per affrontarla (par. 4). La Dichiarazione di Doha formula al contempo la promessa di interpretare ed attuare l'Accordo TRIPs in modo da sostenere il diritto di tutti i Paesi membri dell'OMC di proteggere la salute pubblica e garantire l'accesso ai farmaci per tutti (par. 4).

La Dichiarazione ha ribadito alcuni strumenti di flessibilità già previsti dai TRIPs, tra cui il diritto dei Paesi:

- di rilasciare licenze obbligatorie a loro discrezione nonché i termini entro i quali esse vanno concesse; ferme restando le condizioni di cui all'art. 31 dell'Accordo; (par. 5, *b.*)
- di determinare per proprio conto cosa rappresenta un'emergenza nazionale o una situazione di estrema urgenza: circostanze in cui le procedure per il rilascio di una licenza obbligatoria sono molto più rapide e semplici, tenendo conto che le «crisi di salute pubblica, incluse quelle causate dall'AIDS/HIV, tubercolosi, malaria and altre epidemie, possono rappresentare un'emergenza nazionale o altre circostanze di estrema urgenza» (par. 5 *c.*).

Inoltre, il paragrafo di chiusura della Dichiarazione ha riaffermato il contenuto dell'art. 66 2. TRIPs che contiene l'impegno dei Paesi industrializzati di offrire incentivi alle proprie imprese onde promuovere ed incoraggiare tra-

¹¹ Conferenza ministeriale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, Doha – 9-15 novembre 2001, Dichiarazione Ministeriale, adottata a Doha il 14 novembre 2001, Traduzione non ufficiale a cura della D.G.C.E. - Coordinamento OMC.

¹² WTO, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Adopted on 14 November 2001.

sferimenti di tecnologia verso i PMA. Infine, i Paesi meno sviluppati hanno ottenuto una dilazione di 10 anni per conformarsi ai TRIPs, il che significa che la prima data limite per i PMA è ora il 2016 (par. 7).

Un problema rimase tuttavia irrisolto e rappresentò la più grande delusione della Conferenza ministeriale: l'impossibilità pratica di molti PVS e PMA di rendere operative le licenze obbligatorie sul territorio nazionale, data l'inesistente o insufficiente capacità produttiva di medicinali (par. 6).

Molti dei PVS, ed a maggior ragione tutti i PMA, non sono in grado di avvalersi di un produttore locale in grado di produrre, in un ragionevole lasso di tempo, in sufficiente quantità ed a condizioni e qualità adeguati, i prodotti farmaceutici necessari. In tali casi, l'unica soluzione possibile è ricorrere al rilascio di una licenza obbligatoria a favore di un produttore straniero. Di per sé l'art. 31 non lo proibisce: non è richiesto che le terze parti eventualmente autorizzate da un governo debbano essere produttori locali o stranieri. Tuttavia l'Accordo TRIPs prevede in modo esplicito che il processo di emissione obbligatoria di licenze venga usato prevalentemente per la produzione interna al Paese (art. 31 *f.*). Questo già rappresenta un problema in sé in quanto la maggior parte dei Paesi poveri non dispone delle strutture necessarie. In più, i vincoli all'esportazione, ricadenti sui Paesi potenziali produttori, rendono impossibile o molto difficile l'approvvigionamento per i Paesi che non dispongono di un'industria locale. Nel par. 6 della Dichiarazione i Ministri riconobbero la gravità del problema e diedero mandato al Consiglio TRIPs di trovare una "*soluzione sollecita*" (*expedited solution*) entro la fine del 2002.

Il testo dell'Accordo TRIPs costrinse i governi a studiarne il contenuto in direzione di una possibile rilettura che consentisse tale soluzione, ponendola al riparo dal rischio di una valutazione di non conformità nella sua applicazione da parte dell'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC. Durante tutti i negoziati, alcuni testi proposti cercarono di restringere l'ambito di applicazione della possibile soluzione per i soli casi di emergenza o solo per alcune pandemie (AIDS, tubercolosi, malaria). L'ultima proposta di compromesso presentata il 16 dicembre 2002 dall'ambasciatore Motta, allora presidente del Consiglio TRIPs (testo Perez Motta), fu alla fine rifiutato dagli Stati Uniti, che lo considerò troppo ampio nella determinazione delle malattie rispetto alle quali esso avrebbe dovuto trovare applicazione.

7. La decisione del Consiglio generale dell'OMC sull'attuazione del par. 6 della Dichiarazione di Doha per un accesso facilitato ai Paesi in via di sviluppo dei prodotti farmaceutici a basso costo (30 agosto 2003)

Dopo due anni di negoziazioni, alla vigilia del vertice di Cancun, il Consiglio generale dell'OMC adottò all'unanimità la Decisione sull'attuazione

del par. 6 della Dichiarazione di Doha¹³, siglata a Ginevra il 30 agosto 2003. Essa si basa sul progetto di decisione di compromesso della Presidenza del 16 dicembre 2002 il quale fu appoggiato da 143 Paesi su 144 e su un ulteriore testo del Presidente del Consiglio generale.

La Decisione del 30 agosto 2003 prevede l'impegno degli Stati membri dell'OMC di emendare l'art. 31, lett. *f.* TRIPs, e concede una deroga alla stessa disposizione, misura transitoria e provvisoria, in attesa dell'adozione e dell'entrata in vigore dell'emendamento. Sostanzialmente, il testo definitivamente adottato prevede una deroga temporanea all'applicazione dell'Accordo TRIPs nel settore dei farmaci, in modo da consentire alle imprese farmaceutiche nei Paesi industrializzati di produrre ed esportare l'intera produzione coperta dalla licenza verso i Paesi beneficiari (sostanzialmente i PVS ed i PMA).

L'articolo IX:3 dell'Accordo istitutivo dell'OMC prevede che «in circostanze eccezionali, la Conferenza dei ministri può decidere di concedere una deroga a un obbligo imposto a un membro dal presente accordo o da un accordo commerciale multilaterale» (incluso l'Accordo TRIPs). La decisione che concede una deroga deve specificare, tra l'altro, i termini e le condizioni che ne disciplinano l'applicazione. Le deroghe concesse per un periodo superiore a un anno sono soggette a riesame annuale, in occasione del quale la Conferenza dei ministri verifica se sussistono le circostanze eccezionali che giustificano la deroga. In base al riesame annuale, la Conferenza dei ministri può prorogare, modificare o abrogare la deroga.

La Decisione del 30 agosto 2003 indica che circostanze eccezionali (i problemi identificati dal par. 6 della Dichiarazione di Doha) hanno giustificato l'adozione di una deroga all'art. 31 lett. *f.* e *h.*, in relazione al settore dei farmaci.

Il sistema così definito ripropone come campo di applicazione quello già concordato nel novembre 2001 e incluso nel par. 1 della Dichiarazione di Doha: «problemi di salute pubblica che colpiscono molti paesi in via di sviluppo e meno avanzati, specialmente i problemi derivanti da HIV/AIDS, tubercolosi, malaria e altre malattie». Esso si riferisce ai prodotti del settore farmaceutico, inclusi i principi attivi utilizzati per la loro produzione e i kit diagnostici necessari per il loro utilizzo (par. 1 *a.*), come ripetutamente auspicato dai PVS, in particolare dal Gruppo africano.

Inoltre, la Decisione prevede l'adozione di misure di salvaguardia contro la deviazione delle merci dalla destinazione prevista e norme, inserite per fini di trasparenza e informazione, volte ad impedire che gli scambi avvengano per scopi diversi da quelli indicati. Infine, il testo contiene norme relative al

¹³ WTO, WT/L/540, Council for TRIPs, Decision of 30 August 2003, Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and public health.

trasferimento di tecnologie verso i Paesi meno sviluppati e al rafforzamento delle capacità in quest'area. Ancora, gli Stati membri dell'OMC adottarono un documento aggiuntivo della presidenza onde raccogliere il consenso dei Paesi industrializzati ed, al contempo, fornire una soluzione sostenibile che garantisse la certezza del diritto per gli operatori economici.

Il sistema così adottato configurandosi come una deroga, e quindi come una misura transitoria e provvisoria, rimarrà in vigore in attesa dell'adozione e dell'entrata in vigore dell'emendamento dell'art. 31, lett. *f*. Inizialmente gli Stati membri assunsero l'impegno di procedere, prima della fine del 2003, ad ulteriori lavori al fine di trasporre la deroga in un emendamento definitivo dell'Accordo TRIPs. Questo processo avrebbe dovuto concludersi entro 6 mesi dal suo inizio, ossia entro la fine di giugno 2004, ma è stato differito alla fine del marzo 2005. Rispetto a tale data limite, non è ancora possibile accedere alla relativa documentazione.

8. Analisi del sistema stabilito dalla decisione del Consiglio generale del 30 agosto 2003

Il Consiglio generale dell'OMC ha adottato una deroga all'art. 31, lett. *f*. dell'Accordo TRIPs, in virtù della quale i Membri dell'OMC possono concedere licenze obbligatorie per la produzione e la distribuzione di farmaci brevettati destinati all'esportazione in Paesi terzi con insufficiente o senza capacità produttiva propria nel settore (art. 2).

Il sistema descritto dalla Decisione di Ginevra richiede il rilascio di due licenze obbligatorie, rispettivamente dal Paese produttore e dal Paese importatore.

Ai sensi dell'art. 31 TRIPs è prevista una procedura accelerata per la concessione delle licenze obbligatorie in situazioni di estrema urgenza o di emergenza nazionale. La Decisione non contiene alcuna menzione relativa alla sussistenza di tali situazioni, ma prevede che il sistema, in essa identificato, abbia come ambito di applicazione i problemi di salute pubblica derivanti da AIDS, TBC, malaria o altre malattie. Dato che gli Stati membri dell'OMC che beneficeranno del sistema sono quelli in cui i problemi di salute pubblica rivestono il carattere dell'urgenza e dell'emergenza, è da ritenersi che la procedura da seguire sarà, appunto, quella accelerata.

Ne segue che, in tali casi, il Paese beneficiario non dovrà cercare di ottenere l'autorizzazione dal titolare del brevetto per far uso dell'invenzione a cui esso si riferisce. In primo luogo, il Paese importatore dovrà autonomamente stabilire se rientra nell'ambito della categoria dei Paesi beneficiari, ossia deve valutare se non ha capacità produttiva nel settore farmaceutico e, successivamente, informare l'OMC della propria intenzione di far uso del sistema. Al

riguardo la Decisione prevede un dettagliato rapporto da indirizzare al Consiglio TRIPs nel quale, tra l'altro indicare l'autonoma valutazione relativa alla propria capacità produttiva. Nei casi in cui il prodotto è brevettato nel Paese importatore, questi dovrà rilasciare una licenza obbligatoria. A questo punto, l'uso del sistema dipenderà dalla volontà del produttore di farmaci di effettuare la produzione. In caso di esito positivo, il governo del Paese esportatore dovrà, a sua volta, e sempre che il prodotto sia brevettato nel Paese in questione, concedere una licenza obbligatoria che autorizza il produttore ad effettuare legalmente la produzione.

La Decisione indica chiaramente le condizioni in base alle quali i PVS privi di capacità produttive nel settore farmaceutico possono beneficiare del sistema per far fronte ai problemi di salute pubblica.

a. Beneficiari

Qualsiasi Membro dell'OMC privo di capacità produttiva nel settore farmaceutico può beneficiare del sistema. La decisione utilizza l'espressione «Eligible Importing Member» ed identifica questi ultimi in «any least-developed country Member, and any other Member» (sub-paragraph 1(b)). L'allegato alla Decisione stabilisce che tutti i PMA sono automaticamente da considerarsi privi di capacità produttiva, mentre, ogni altro Stato membro potrà beneficiare del sistema nel caso in cui avrà stabilito di non aver capacità produttiva nel settore farmaceutico. Al riguardo, il par. 1 *b.* della Decisione prevede che i Paesi beneficiari, nel notificare al Consiglio TRIPs la propria intenzione di far uso del sistema, dovranno altresì indicare di aver stabilito di non avere capacità produttiva nel settore. La notifica non equivale tuttavia ad una richiesta di autorizzazione: i Paesi beneficiari non dovranno ricevere il benestare di alcun organo dell'OMC per usare il sistema oggetto della Decisione, ma potranno beneficiarne automaticamente. Ne deriva che la materia è lasciata alla competenza interna di ciascun Stato membro e che, quindi, qualunque decisione potrà essere impugnata solo se ritenuta completamente irragionevole. Uno dei principi informativi del sistema è sicuramente quello in base al quale i Paesi industrializzati non possono beneficiare del sistema per non sottrarre risorse ai Paesi che ne hanno realmente bisogno. Se la deroga è stata determinata da una situazione di bisogno avente un elevato grado di gravità, tale deroga non interessa i Paesi che hanno capacità e mezzi finanziari sufficienti. Conformemente, 23 Paesi industrializzati sono menzionati in una nota al par. 1 *b.* della Decisione in quanto Membri che non faranno uso del sistema¹⁴.

¹⁴ Australia, Austria, Belgio, Canada, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Irlanda, Italia, Giappone, Lussemburgo, Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia, Svizzera, Regno Unito e Stati Uniti d'America.

b. Trasparenza

A fini di trasparenza e informazione, i Membri importatori ed esportatori saranno tenuti a notificare all'OMC l'uso del sistema al fine di garantire la buona fede delle parti interessate.

Il Paese importatore che abbia deciso di beneficiare del sistema, una volta stabilito che non ha capacità di produzione nel settore farmaceutico, deve informarne al riguardo il Consiglio dei TRIPs, indicando *i.* il nome e la quantità necessaria del farmaco; *ii.* l'assente, o insufficiente capacità produttiva; *iii.* l'avvenuta o prossima concessione di una licenza obbligatoria, nel caso in cui il prodotto è brevettato nel Paese importatore (par. 1 *b.*).

Laddove il Paese esportatore rilasci una licenza obbligatoria, anch'esso dovrà notificare al Consiglio dei TRIPs una dettagliata decisione che indichi *i.* la concessione della licenza; *ii.* tutte le informazioni relative tra cui il nome del prodotto, il quantitativo, lo Stato importatore e la durata (par. 2 *a. I.*).

Per garantire la certezza giuridica ed economica del sistema, entrambe le suddette notifiche saranno pubblicate sul sito ufficiale dell'OMC a cura del Segretariato, affinché chiunque possa prenderne visione.

c. Compenso

L'art. 31 *h.* dei TRIPs stabilisce che, nel caso in cui venga concessa una licenza obbligatoria, il titolare del brevetto avrà diritto ad un equo compenso. Nei casi in cui il prodotto è brevettato sia nel Paese importatore che nel Paese esportatore, dovranno essere rilasciate due licenze obbligatorie. Ne consegue che il titolare del diritto otterrebbe un doppio compenso. Al fine di evitare tale problema, il testo di compromesso deroga all'art. 31 *h.* stabilendo che nessun compenso dovrà essere pagato dal Paese importatore. Il compenso per una licenza obbligatoria sarà versato soltanto dal Paese esportatore, dovrà essere calcolato sulla base del valore economico nel Paese importatore e verrà fatto successivamente versare da quest'ultimo.

d. Misure di salvaguardia contro la deviazione degli scambi

Le misure contro la deviazione delle merci dalla destinazione prevista hanno lo scopo di garantire che i farmaci, prodotti nel quadro del meccanismo, raggiungano realmente i Paesi bisognosi e non servano ad arricchire coloro che cercano di deviarli verso i mercati dei Paesi ricchi. In tale contesto, per impedire la riesportazione, i Paesi importatori dovranno adottare misure ragionevoli, adeguate ai loro mezzi, proporzionate alle loro capacità amministrative e al rischio di deviazione degli scambi. Nel caso in cui i PVS o i PMA incontrino difficoltà nel dare attuazione a tale impegno, potranno richiedere assistenza economica e tecnica dei Paesi industrializzati (par. 4).

Al contempo, la Decisione stabilisce che i Paesi esportatori dovranno *i.* esportare l'intera produzione coperta dalla licenza verso i Paesi bisognosi; *ii.* identificare chiaramente i prodotti mediante etichette o marchi e dare ai prodotti stessi colore o forma speciali e *iii.* prima della spedizione, pubblicare in un sito web le informazioni relative alla licenza (par. 5).

L'importanza di impedire la deviazione dei farmaci prodotti nel quadro del meccanismo viene sottolineata in particolar modo nel documento presidenziale che verrà esaminato di seguito.

e. Trasferimento di tecnologia nel settore farmaceutico e rafforzamento delle capacità in quest'area

Infine, il testo della Decisione indica la "*desiderabilità*" di promuovere ed incoraggiare trasferimenti di tecnologia verso i PMA in modo da superare i problemi identificati nel par. 6 della Dichiarazione di Doha (par. 7). Sostanzialmente, si tratta di una mera enunciazione di quanto già previsto dall'art. 66 2. dei TRIPs e ribadito dal par. 7 della Dichiarazione di Doha. In tale contesto, la Decisione si limita a richiedere agli Stati membri di far uso del sistema in essa stabilito in modo da promuovere ed incoraggiare trasferimenti di tecnologia verso i PMA e rafforzare le capacità in quest'area.

9. La Comunicazione del Presidente del Consiglio generale sulla prevenzione dell'elusione dei limiti stabiliti per impedire la deviazione degli scambi riguardanti i farmaci prodotti in forza della decisione del 30 agosto 2003

La Decisione di Ginevra è accompagnata da una Comunicazione del Presidente del Consiglio generale, al fine di raggiungere il consenso, sdrammatizzare le preoccupazioni dei Paesi industrializzati e fornire una soluzione sostenibile che garantisca la certezza del diritto per gli operatori economici. Tale documento esplicita la volontà concorde dei Paesi membri di usare il sistema in buona fede e per proteggere la salute pubblica, non quale "*strumento per raggiungere obiettivi di politica economica o industriale*". Al fine di realizzare tali obiettivi, esso individua diverse "*key shared understanding*" necessarie all'interpretazione e attuazione della Decisione.

In primo luogo, contro la deviazione degli scambi, la Comunicazione prevede che gli Stati membri dovrebbero adottare tutte le misure di salvaguardia "ragionevoli" idonee ad impedire che i farmaci prodotti nel quadro del meccanismo non servano gli interessi di mediatori che cerchino di deviarli verso i Paesi industrializzati. Tale previsione, sebbene faccia formalmente salvi gli interessi delle aziende farmaceutiche e la protezione dei brevetti, sembra, in realtà, rivolta ad impedire che il sistema stabilito dalla Decisione

non diventi uno strumento lecito idoneo a perseguire risultati illeciti (la deviazione delle merci) e, quindi, in *ultima facie*, renda l'intero sistema creato dagli Accordi multilaterali poco credibile, in quanto facilmente "raggirabile".

In secondo luogo, il documento presidenziale stabilisce il ruolo del Consiglio TRIPs nel dirimere le controversie che sorgeranno dall'applicazione del sistema, stabilendo che i Membri cercheranno di risolvere qualunque questione "*expeditiously and amicably*", includendo la possibilità di rivolgersi al Direttore generale o al Presidente del Consiglio TRIPs, al fine di raggiungere una reciproca ed accettabile soluzione. Nel caso in cui sia possibile dirimere amichevolmente l'eventuale controversia, il documento presidenziale non contiene alcun riferimento alla possibilità di ricorrere all'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC, ma è da ritenere che tale facoltà non possa essere esclusa. Infine, a fini di trasparenza e onde evitare controversie, la Comunicazione stabilisce che i Membri importatori saranno tenuti a notificare all'OMC i criteri utilizzati nel determinare l'insufficienza o la mancanza di capacità produttiva.

Il documento presidenziale enumera ben 23 Paesi industrializzati i quali hanno rilasciato una dichiarazione relativa alla loro intenzione di escludersi dal sistema in qualità di Paesi importatori¹⁵. Inoltre, gli Stati membri non ancora parte dell'Unione europea hanno acconsentito a far uso del sistema solo in circostanze eccezionali e solo sino alla loro accessione all'Unione (ossia sino al 1 maggio 2004)¹⁶. Infine, i Paesi in via di sviluppo avanzato hanno dichiarato la loro intenzione di non usare il sistema se non in circostanze di emergenza nazionale o estrema urgenza¹⁷.

10. I progressi compiuti nell'implementazione degli impegni stabiliti dalla decisione del Consiglio generale concernente le licenze obbligatorie d'esportazione di prodotti farmaceutici

Il par. 11 della Decisione stabilisce che il sistema così adottato rimarrà in vigore in attesa dell'adozione e dell'entrata in vigore dell'emendamento dell'art. 31, lett. *f*. Inizialmente gli Stati membri assunsero l'impegno di procedere, prima della fine del 2003, ad ulteriori lavori al fine di trasporre la deroga in un emendamento definitivo dell'Accordo TRIPs. Questo processo avrebbe dovuto concludersi entro 6 mesi dal suo inizio, ossia entro la fine di giugno 2004.

¹⁵ Vedi *supra*, nota 14.

¹⁶ Repubblica Ceca, Cipro, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovacchia, e Slovenia.

¹⁷ Hong Kong, Cina, Israele, Corea, Kuwait, Macao Cina, Messico, Qatar, Singapore, Cina Taipei, Turchia, ed Emirati Arabi.

Al *meeting* tenutosi nel novembre 2003¹⁸, sia la Comunità europea che gli Stati Uniti espressero il proprio convincimento che i lavori di cui al par. 11, e la natura del procedimento, avrebbero dovuto avere natura essenzialmente tecnica. Essi chiarirono che ciò avrebbe semplicemente richiesto la materiale trasposizione dei paragrafi pertinenti della Decisione nell'Accordo TRIPs, senza riaprire alcuna discussione riguardante aspetti sostanziali dell'accordo raggiunto.

In seguito al suddetto *meeting*, il Presidente del Consiglio TRIPs curò una serie di consultazioni informali sino al successivo incontro del Consiglio tenutosi nel marzo 2004¹⁹. Nel riassumere il contenuto di tali consultazioni, emersero differenze in relazione al contenuto dell'emendamento, alla sua attuale e futura forma legale ed in relazione ai tempi da rispettarsi.

Con riguardo al contenuto dell'emendamento, emersero due principali opzioni. Alcune delegazioni (la minuta del meeting tenutosi a marzo non indica quali) sostenevano che il Documento Presidenziale, insieme alla Decisione, avrebbero dovuto essere parte dell'emendamento. Altre delegazioni, invece, ritenevano che il documento presidenziale non avrebbe dovuto riflettersi nella revisione TRIPs in quanto ciò avrebbe attribuito allo stesso una valenza giuridica che non risultava dalla Decisione.

Con riferimento alla forma legale, le opinioni si divisero tra coloro che *a.* espressero preferenza per l'inclusione di una nota all'art. 31, la quale richiamasse il contenuto della Decisione ed il documento presidenziale; e coloro che *b.* proposero di inserire l'intero contenuto della Decisione nell'Accordo TRIPs attraverso l'inclusione di un nuovo art. 31 *bis* o di un allegato o, infine, di una nota che richiamasse l'allegato. Le suddette tematiche non furono ulteriormente discusse ed approfondite.

Anche successivamente, durante il meeting del Consiglio TRIPs del giugno 2004, continuò a manifestarsi un profondo disaccordo in merito ai punti suesposti, quindi si decise di differire il termine di adempimento del mandato alla fine di marzo 2005²⁰.

Nel settembre 2004, la Norvegia informò il Consiglio TRIPs di aver adeguato il proprio ordinamento alla Decisione²¹. Provvedimenti analoghi sono in corso di elaborazione anche da parte del Canada e della Comunità europea²².

¹⁸ WTO IP/C/M/42 4 febbraio 2004 Council for TRIPs, Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard il 18 novembre 2003.

¹⁹ WTO IP/C/M/43 7 maggio 2004 Council for TRIPs, Minutes of meeting held in the Centre William Rappard, il 8 marzo 2004.

²⁰ IP/C/M/44, 19 luglio 2004, Consiglio dei TRIPs, Minuta del meeting tenutosi al Centro William Rappard il 16 giugno 2004.

²¹ IP/C/W/427, Comunicazione della Norvegia al Consiglio TRIPs, IP/C/M/45, 27 ottobre 2004, Consiglio dei TRIPs, Minuta del meeting tenutosi al Centro William Rappard il 21 settembre 2004.

²² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la concessione

A tale riguardo, è opportuno ricordare che tali iniziative hanno carattere volontario in quanto l'emendamento all'Accordo TRIPs non è ancora stato approvato.

Con riferimento alla modifica dell'Accordo TRIPs prevista dalla Decisione del 30 agosto 2003, al momento è stata presentata una sola proposta da parte della Nigeria a nome del Gruppo africano. In tale proposta si prevede che le attuali disposizioni dell'art. 31 vengano raggruppate come par. 1, mentre il contenuto della Decisione, venga inserito quale par. 2.

La Nigeria ha provveduto a sintetizzare le parti della Decisione ritenute più rilevanti. Essa si limita a prevedere una deroga all'art. 31 *f.* in modo da consentire alle imprese farmaceutiche, nei Paesi industrializzati, di produrre ed esportare l'intera produzione coperta dalla licenza verso i Paesi beneficiari che hanno precedentemente notificato al Consiglio TRIPs la propria intenzione di far uso del sistema in essa stabilito. La proposta, inoltre, identifica i prodotti coperti dalla Decisione, i Paesi beneficiari ed i Paesi potenzialmente esportatori. Essa, infine, richiama la necessità di identificare i farmaceutici prodotti nel quadro del meccanismo, l'impegno degli Stati membri di adottare misure di salvaguardia contro la deviazione delle merci dalla destinazione prevista e la desiderabilità di promuovere trasferimenti di tecnologia verso i Paesi beneficiari del sistema.

La proposta nigeriana ha omissso ogni riferimento al:

- preambolo, ritenendo che quest'ultimo si limiti ad individuare il contenuto della Decisione;

- par. 1 *b.* contenente l'impegno di alcuni Membri di escludersi dal sistema o di ricorrervi solo in determinati casi, sulla base della considerazione che esso semplicemente introduce un elemento di flessibilità. Si è ritenuto, in particolare, che come per le altre flessibilità riconosciute nel sistema TRIPs, non vi sia alcun bisogno di una formale dichiarazione, ma sia facoltà degli Stati membri decidere se farne uso;

- par. 2, relativo alle condizioni da soddisfare in caso di ricorso al meccanismo, in quanto queste ultime possono desumersi indirettamente dall'attuale formulazione dell'art. 31. In particolare, con riferimento al quantitativo di farmaci necessari, la Comunicazione nigeriana sottolinea che il titolare del brevetto ne sarebbe comunque informato e, con riferimento alla validità della licenza, questa sarebbe comunque soggetta a revisione giudiziale o da parte di qualunque altra autorità competente, come previsto nei par. *i.* e *j.* dell'art. 31;

- par. 4 relativo all'eventualità di reimportazione dei farmaci, sulla base della considerazione che la questione fosse già stata adeguatamente disciplinata dal sub-par. 4 della stessa Decisione;

di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso Paesi con problemi di sanità pubblica, Com(2004)737 def.

- par. 8 relativo alla revisione annuale della deroga perché non necessaria una volta entrato in vigore l'emendamento definitivo ai TRIPs;
- allegato alla Decisione, dato che esso stabilisce il criterio della autonomia ed automatica eleggibilità a beneficiario del sistema senza aggiungere alcun contenuto rilevante.

Oltre alle omissioni sopra elencate va segnalata, anche, nella proposta della Nigeria, l'assenza di qualunque riferimento alla Comunicazione presidenziale. Tale documento ha rappresentato un elemento decisivo nell'adozione della Decisione soprattutto per i Paesi industrializzati. Si ricordi, inoltre, che la Decisione è stata il frutto di reciproche concessioni il cui testo fu attentamente definito in modo da non creare occasioni per eludere il sistema TRIPs. Ne consegue che la proposta nigeriana difficilmente potrà incontrare il consenso dei Paesi industrializzati, a cominciare dagli Stati Uniti, anzi, essa rischia di essere considerata come un tentativo di modifica della Decisione che, in quanto tale, avrebbe dovuto essere presentata in sede di negoziazione della stessa e non in sede di implementazione.

11. Conclusioni

La Decisione relativa ai brevetti farmaceutici, adottata il 30 agosto 2003 nella riunione del Consiglio generale a Ginevra, è stata definita dal Direttore generale dell'OMC, Supachai Panitchpakdi, come un accordo "storico", in grado di dimostrare la grande capacità dell'organizzazione di ottenere soluzioni di profondo impatto umanitario. Molte delegazioni affermarono che la Decisione rappresenta una notevole conquista la quale contribuisce a ristabilire confidenza a livello globale nell'istituzione, dimostrando, al tempo stesso, la grande flessibilità degli Stati membri nel comprendere la gravità dell'emergenza sanitaria di molti Paesi.

La Decisione di Ginevra può essere definita, in via di principio, un primo risultato delle mobilitazioni organizzate in questi anni dalla società civile. È un risultato da non sottovalutare anche perché conferma la capacità dell'OMC di praticare obiettivi concreti; d'altra parte essa rappresenta un risultato molto parziale, ancora distante dagli obiettivi dei PVS e dei PMA. Indubbiamente, la Decisione costituisce la "*expedited solution*" richiesta dal par. 6 della Dichiarazione di Doha. Le ragioni che spinsero gli Stati membri ad adottare, una volta raggiunto l'accordo sul contenuto dell'emendamento, una misura provvisoria, nell'attesa dell'entrata in vigore della modifica definitiva, sono da ravvisarsi nelle procedure formali disciplinate dall'articolo X dell'Accordo istitutivo OMC le quali potrebbero richiedere tempi non brevi. Ovviamente, per far fronte ad una emergenza sanitaria mondiale, la nuova disciplina deve essere inserita in un contesto permanente, pienamente funzionante, sicuro ed

applicabile in termini legali. Tale certezza non è offerta dalla presente Decisione, anche se essa deve rimanere in vigore sino a quando tutta la procedura richiesta dall'articolo X OMC non sarà stata completata.

Nell'attesa che l'emendamento definitivo all'Accordo TRIPs si concretizzi, sarà importante dare attuazione ed interpretare l'Accordo stesso e la Decisione di Ginevra, in modo che essi siano di sostegno alla salute pubblica, promuovendo sia l'accesso alle medicine esistenti che la ricerca e lo sviluppo di nuovi medicinali. Il Sudafrica, fautore di tale battaglia in seno all'OMC, dovrebbe ricorrere al sistema delle licenze obbligatorie. In base agli impegni assunti, non vi dovrebbe più esser motivo di temere rischi di rappresaglie economiche e giudiziarie da parte dei Paesi industrializzati. Una visione pessimistica condurrebbe ad ipotizzare che, nella pratica, la Decisione avrà un impatto insufficiente a causa delle pressioni politiche che questi ultimi potrebbero esercitare sui Paesi beneficiari del sistema. Al contrario, bisognerebbe serbare memoria che, nell'aderire alla Decisione, i Paesi industrializzati si sono impegnati a non imporre o creare alcun tipo di tensione che possa impedire il ricorso alle misure flessibili disponibili, dato che tali pressioni contravverrebbero ai principi e gli obiettivi dell'Accordo TRIPs e della Decisione di Ginevra. In base a questi ultimi, difatti, l'adozione di misure idonee a tutelare la vita e la salute umana non può essere ostacolata e le stesse sono lecite purché siano comunque conformi alle disposizioni degli Accordi dell'OMC. Resta da verificare se i PVS e quelli meno avanzati faranno uso del sistema di deroga adottato e se lo stesso sarà comunque sufficiente a far fronte alle epidemie nei Paesi africani e se, quindi, contribuirà a realizzare l'accesso alle cure ed ai farmaci.

In relazione a tali considerazioni, sono emblematici due articoli apparsi sul «*The Guardian*». Il primo ha riportato le accuse sollevate dalla delegazione francese, in occasione della conferenza delle NU sull'AIDS tenutasi a Bangkok, nei confronti degli Stati Uniti per le pressioni che si riteneva avesse esercitato su alcuni dei Paesi poveri. Tali pressioni avevano assunto la forma di offerte e benefici aventi carattere commerciale, in cambio dell'impegno di non concedere licenze obbligatorie. In particolare, fu sostenuto che tali negoziazioni avessero coinvolto la Thailandia il 30 giugno 2004. Quest'ultimo Paese è, infatti, dotato di capacità produttive che gli consentono di produrre farmaci non brevettati per il trattamento dell'AIDS da esportare anche ai Paesi che ne fanno richiesta. In base alle informazioni contenute nell'articolo, gli Stati Uniti hanno già concluso con Singapore, Cile e i Paesi dell'America Centrale, una serie di accordi che estendono la durata della tutela brevettale oltre venti anni²³.

²³ S. BOSELEY, *France accuses US of Aids blackmail*, in *The Guardian*, 14 July 2004 p. 11.

Il secondo articolo conteneva la risposta alle accuse precedentemente mosse. In particolare, si sosteneva che la posizione degli Stati Uniti fosse stata fraintesa e che tale opposizione aggressiva fosse controproducente, mentre fosse imperativo cooperare²⁴. Sembra inevitabile ribadire che la difesa statunitense sia stata alquanto vaga, mentre le pressioni succitate potrebbero essere una possibile spiegazione alla mancanza di ricorso al sistema di Ginevra da parte dei PVS. Al contrario proprio queste ultime vicende, indipendentemente dalla loro reale ed effettiva portata, confermano che l'unico approccio possibile per tentare di risolvere la problematica è quello multilaterale.

Invece di ricorrere ad ipotetiche pressioni intimidatorie, i Paesi industrializzati dovrebbero assistere quelli poveri nell'effettiva applicazione di quanto è emerso a Ginevra poiché, sembra che i troppi vincoli burocratici rischiano di impedire la sua attuazione. In tale contesto, la risposta appropriata ai problemi dei Paesi poveri risiede nell'effettiva realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 66 2. TRIPs in materia di trasferimento delle tecnologie dai Paesi sviluppati ai PVS. A tal fine, la Decisione meramente conferma il comune riconoscimento degli Stati membri della «desiderabilità di promuovere il trasferimento di tecnologia». Una mera enunciazione, non supportata dall'assunzione di un effettivo obbligo e di un piano ben definito, e, quindi, non idonea a superare i problemi identificati nel par. 6 della Dichiarazione di Doha.

Considerando la cronica insufficienza degli investimenti in materia di R&S sulle malattie legate alla povertà e di R&S effettuata nei PVS stessi, ed al fine di ottenere medicinali che rispondano alle esigenze di questi Paesi, è necessario, al contrario, mettere a punto strumenti legislativi specifici volti a promuovere tali trasferimenti e le attività di R&S su malattie neglette e legate alla povertà, nonché vegliare affinché il risultato di queste ricerche risponda alle esigenze specifiche dei PVS e contribuisca ad un rapido miglioramento della situazione in termini di sanità pubblica.

È necessario considerare, poi, che le deroghe concesse sono comunque insufficienti per far fronte alle epidemie nei Paesi africani, in quanto i prodotti – anche quando vengono offerti a prezzi scontati – rimangono proibitivi per le economie del Sud del mondo. Difatti, in caso di concessione di licenza obbligatoria, l'art. 31 *h*. TRIPs richiede comunque il pagamento di un'adeguata, sebbene non piena, remunerazione al titolare del brevetto. Un'equa determinazione dei prezzi dovrebbe tener conto del potere di acquisto dei Paesi e delle singole persone. In tali casi, le cosiddette *royalty-free licences* potrebbero rappresentare una ipotizzabile soluzione, in quanto il titolare del brevetto non sarebbe realmente privato della sua remunerazione, né verrebbero pregiudicati i suoi interessi legittimati, perché i Paesi di cui sopra non potrebbero comunque permettersi i farmaci e, quindi, non costituirebbero potenziali con-

²⁴ S. BOSELEY, *US defends abstinence policy amid uproar*, in *The Guardian*, 15 July 2004.

sumatori. Addirittura, in quelle situazioni, le sole misure che possono avere un effetto sono le donazioni.

D'altro canto un sistema basato sulle donazioni rappresenta un'efficace soluzione nel medio e breve termine, ma non interrompe la situazione di dipendenza dei Paesi poveri nei confronti di quelli ricchi. Nel lungo periodo bisogna riconoscere che non sono solo i prezzi dei prodotti farmaceutici a contribuire alla mancanza di accesso alla salute, e che la tutela della proprietà intellettuale è necessaria al progresso e alla giusta remunerazione dei ricercatori e dei produttori. Tuttavia, per far fronte ad una emergenza sanitaria mondiale, i regimi della proprietà intellettuale vanno inseriti in un contesto più ampio il quale consideri che la mancanza di accesso alla salute risulta anche da altri fattori, fra i quali la mancanza di strutture e personale sanitario, l'assenza di sistemi sanitari pubblici, infrastrutture e logistiche efficienti, scelta e assunzione informate delle sostanze, R&S di farmaci per curare malattie specifiche.

La Decisione di Ginevra è solo uno dei fori per la realizzazione del diritto alla salute e, quindi, è lungo due direttrici fondamentali che deve essere considerato il sistema di deroga alla disciplina brevettale in essa previsto: la consapevolezza che sebbene una appropriata disciplina giuridica in merito non possa essere considerata la soluzione decisiva, risposte normative opportune possono contribuire notevolmente ad assicurare una possibilità di accesso ai farmaci; la necessaria correlazione tra la brevettabilità dei farmaci in un dato Paese ed il livello di sviluppo economico del medesimo. D'altro canto, è proprio con riferimento all'obiettivo di tutelare la proprietà intellettuale «in maniera compatibile con le rispettive esigenze e i rispettivi problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico»²⁵ che acquisisce rilievo centrale l'esigenza di favorire una accelerazione della crescita economica dei PVS, al fine di diminuire (il termine "colmare" utilizzato negli Accordi OMC ci appare utopistico) il divario economico tra questi ultimi ed i Paesi industrializzati. In tal senso, rientra sicuramente nell'ambito dei compiti istituzionali dell'OMC quello di «adoperarsi concretamente affinché i paesi in via di sviluppo, in particolare quelli meno avanzati, si assicurino una quota della crescita del commercio internazionale proporzionale alle necessità del loro sviluppo economico». A tal fine, l'OMC funge da quadro istituzionale comune per la gestione delle relazioni commerciali tra i suoi membri. Conseguentemente, non rientra nell'ambito della propria competenza istituzionale la gestione delle emergenze riguardanti i PVS, né è ipotizzabile una conversione istituzionale dell'organizzazione. Al contrario, a dispetto delle argomentazioni rivolte a sostenere la mancata realizzazione del diritto alla salute, quale uno degli effetti collaterali potenzialmente legati all'Accordo TRIPs, è necessario sottolineare che nel caso in cui l'OMC ha contribuito a creare o, in qualche modo ad

²⁵ Accordo OMC, vedi *supra*, nota 4.

acuire tale situazione, la stessa ha fornito anche una soluzione che, si ricordi, si basa sul consenso di tutti i suoi Membri e quindi è stata adottata all'unanimità.

L'esenzione dei medicinali dalle previsioni dell'Accordo TRIPs rappresenta un relativo successo per i PVS attraverso il quale l'OMC ha dimostrato la propria capacità di mantenere gli impegni assunti, in particolare a Doha, senza contraddire e senza sovvertire il quadro normativo dell'Accordo TRIPs. In altri termini, «pur reiterando l'impegno al rispetto dell'Accordo sulla tutela della PI» la Decisione ha «interpretato ed attuato [l'Accordo] in modo da sostenere il diritto dei Membri OMC di proteggere la salute pubblica e, in particolare, di assicurare l'accesso ai medicinali per tutti»²⁶.

Caterina Tuosto*

²⁶ Dichiarazione sull'Accordo TRIPs e sulla salute pubblica, vedi *supra*, nota 12.

* Avvocato in Salerno.

CONSIDERAZIONI SUL PROCESSO DI RATIFICA DEL TRATTATO COSTITUZIONALE

Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri dell'Unione europea sulla ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*

Abbiamo proceduto ad un ampio giro d'orizzonte sul processo di ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Tale Trattato è il frutto di un processo collettivo, destinato a fornire la risposta adeguata per un funzionamento più democratico, più trasparente e più efficace di un'Unione europea allargata.

La nostra ambizione europea, così proficua per più di cinquant'anni e che ha consentito all'Europa di riunirsi intorno ad una stessa visione, rimane più che mai pertinente. È questa ambizione che consente di assicurare il benessere dei cittadini, la difesa dei nostri valori e dei nostri interessi nonché di assumerci le nostre responsabilità quale attore internazionale di primo piano. Per meglio combattere la disoccupazione e l'esclusione sociale, per favorire una crescita economica sostenibile, per rispondere alle sfide della globalizzazione, per tutelare la sicurezza interna ed esterna, per proteggere l'ambiente abbiamo bisogno dell'Europa, di un'Europa più unita e più solidale.

A tutt'oggi dieci Stati membri hanno concluso con successo le procedure di ratifica e hanno così espresso la loro adesione al Trattato costituzionale. Abbiamo preso atto dei risultati dei *referendum* in Francia e nei Paesi Bassi. Riteniamo che tali risultati non rimettano in discussione l'interesse dei cittadini per la costruzione europea. I cittadini hanno tuttavia espresso preoccupazioni e inquietudini di cui occorre tener conto. È dunque necessario intraprendere una riflessione comune a tale riguardo.

Detto periodo di riflessione servirà a consentire in ciascuno dei nostri Paesi un ampio dibattito, che coinvolga i cittadini, la società civile, le parti sociali, i parlamenti nazionali e i partiti politici. Tale dibattito mobilitante, già in corso in parecchi Stati membri, deve essere intensificato e allargato. Le istituzioni europee dovranno

* La dichiarazione è stata resa in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 16-17 giugno 2005. Il testo è reperibile in <http://ue.eu.int> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 573 ss., lo scritto di TERESA RUSSO.

parimenti apportarvi il loro contributo; in tale ambito un ruolo particolare spetta alla Commissione.

I recenti sviluppi non rimettono in questione la validità della prosecuzione dei processi di ratifica. Abbiamo convenuto che il calendario della ratifica in vari Stati membri sarà adeguato, se necessario, alla luce di tali sviluppi e in base alle circostanze in detti Stati membri.

Ci diamo appuntamento nel primo semestre del 2006 per procedere ad una valutazione globale dei dibattiti nazionali e per decidere sul seguito del processo.

LA "COSTITUZIONE EUROPEA" TRA REVISIONE E CONTINUITÀ NORMATIVA*

Sommario: **1.** *Introduzione: la Costituzione europea come atto normativo dinamico* - **2.** *Revisione dei Trattati comunitari-unionistici in senso costituzionale* - **3.** *Innovazione e continuità giuridica* - **4.** *Aspetti della continuità: le cinque dimensioni (art. IV-438)* - **5.** *Costituzione-atto (Treaty-Constitution) e Costituzione-fatto (Custom-Constitution)* - **6.** *Diversi aspetti innovativi della revisione* - **a.** *Successione come sostituzione abrogativa (art. IV-437)* - **b.** *Successione come sopravvivenza transitoria del diritto precedente (art. IV-438)* - **c.** *Successione come salvaguardia di protocolli e dichiarazioni allegate al testo del Trattato* - **d.** *Successione come auto-interpretazione della Carta dei diritti fondamentali (Dichiarazione n. 12)* - **7.** *Continuità e revisione degli atti normativi atipici istituzionali e della PESC-PESD* - **8.** *Finali aspetti organizzativi: Convenzione e Conferenza intergovernativa* - **9.** *Conclusioni: Costituzione europea come standby Treaty.*

1. Introduzione: la Costituzione europea come atto normativo dinamico

Il Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 che adotta una Costituzione per l'Europa, altrimenti detto Trattato costituzionale di Roma, consente un primo approccio, allo stesso tempo nell'ottica euro-internazionalistica e in quella costituzionalistica. In tale dichiarato sforzo di sintesi, tenacemente perseguito, anche se non trasparente nei risultati conseguiti, un Trattato auto-proclamato costituzionale ha l'obbligo, innanzitutto, di spiegare come esso si collochi rispetto alla sua "pre-Costituzione" rappresentata dal diritto comunitario e unionistico precedente. Tale risposta è fornita dall'art. IV-438¹ in termini di

* Il presente lavoro è stato consegnato in Redazione in data antecedente a quella in cui si è tenuto il referendum francese sulla "Costituzione" europea (maggio 2005).

¹ Per consentire un'analisi contestuale dell'art. IV-438 si riporta qui di seguito il suo testo integrale.

«1. L'Unione europea istituita dal presente trattato succede all'Unione europea istituita dal trattato sull'Unione europea e alla Comunità europea.

"successione e continuità". A parte tale significato di Costituzione in senso lato, in senso più stretto, la Costituzione europea è chiamata a spiegare come essa si collochi rispetto alle Costituzioni degli Stati membri nel significato più classico di tale nozione.

Invero, sebbene l'idea di Costituzione euro-internazionale² sia risalente nel tempo, non si può negare che il mutato "scenario" internazionale e la stretta interconnessione della rete organizzativa, istituzionalizzata e non, del sistema degli Stati-Nazione, non più unici detentori del paradigma della sfera giuridica pubblica, ha determinato l'esigenza di consolidare nuovi assetti ed equilibri di poteri all'interno dello spazio giuridico globalizzato³. La conse-

«2. Fatto salvo l'art. IV-439, le istituzioni, organi e organismi esistenti alla data di entrata in vigore del presente trattato esercitano, nella loro composizione a tale data, le attribuzioni conferite loro ai sensi del presente trattato finché non saranno state adottate nuove disposizioni in applicazione dello stesso o fino al termine del loro mandato.

«3. Gli atti delle istituzioni, organi e organismi adottati sulla base dei trattati e atti abrogati dall'art. IV-437 restano in vigore. I loro effetti giuridici sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione del presente trattato. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri sulla base dei trattati e atti abrogati dall'art. IV-437.

«Gli altri elementi dell'*acquis* comunitario e dell'Unione esistenti al momento dell'entrata in vigore del presente trattato, in particolare gli accordi interistituzionali, le decisioni e gli accordi adottati dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, gli accordi conclusi dagli Stati membri relativi al funzionamento dell'Unione o della Comunità o connessi alla sfera di attività delle stesse, le dichiarazioni, comprese quelle effettuate nel quadro di conferenze intergovernative, le risoluzioni o altre posizioni adottate dal Consiglio europeo o dal Consiglio, nonché quelle relative all'Unione o alla Comunità adottate di comune accordo dagli Stati membri, sono anch'essi mantenuti finché non saranno stati soppressi o modificati.

«4. La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado relativa all'interpretazione e all'applicazione dei trattati e atti abrogati dall'art. IV-437, così come degli atti e convenzioni adottati per la loro applicazione, resta, *mutatis mutandis*, la fonte d'interpretazione del diritto dell'Unione e in particolare delle disposizioni analoghe della Costituzione.

«5. La continuità delle procedure amministrative e giurisdizionali avviate prima della data di entrata in vigore del presente trattato è assicurata nel rispetto della Costituzione. A tal fine, le istituzioni, organi e organismi responsabili di tali procedure prendono le misure appropriate».

² Sul concetto di "Costituzione" nell'ordinamento internazionale o di diritto internazionale costituzionale, la dottrina, da tempo, ha individuato un duplice concetto di Costituzione formale in senso lato e Costituzione materiale come insieme di principi e valori propri dell'ordinamento giuridico o di singole sue parti rispetto alle quali sia così possibile parlare di Costituzione universale-regionale «europea», «americana», ecc. Sul punto, v. P. ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000 (ristampa dell'edizione originaria del 1943) che riconduce a Grozio ed alla sua scuola storica (sul punto sia consentito rinviare a M. PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1974) le premesse del movimento positivistico in grado di consentire attraverso l'esperienza empirica la conoscenza degli ordinamenti giuridici positivi come sistemi di norme che presentano caratteristiche tali da assicurarne la unitarietà e la giuridicità. Il concetto di Costituzione risulta, così, quel complesso o nucleo di norme fondamentali e fondanti, la cui esistenza è condizione necessaria per la sussistenza stessa dell'ordinamento giuridico, che trova in una norma sulle fonti la norma base dell'ordinamento internazionale. Sul punto v. ancora le lungimiranti riflessioni di P. ZICCARDI, *Diritto internazionale* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XII, 1964, p. 1004, ID., *Ordinamento internazionale* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXX, 1980.

³ D'altronde la crescente richiesta di federalizzazione o regionalizzazione e l'apertura di tutti gli Stati verso l'esterno sono tipiche di un modello di Stato costituzionale di tipo "integrazionista" e "cooperativo" che, in seguito all'europeizzazione ed all'internazionalizzazione, proietta la sua immagine a livello mondiale. In tale senso, v. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale. I) Principi generali*

guenza è la necessaria "destrutturazione" di un modello circolare o di un unico grande spazio in cui gli Stati (e non solo gli Stati) si organizzano per cerchi concentrici secondo aree regionali che costituiscono "forme" autonome, intermedie e pluralistiche dell'articolazione dello spazio organizzativo mondiale⁴. Tutto questo "rivolgimento", unito al superamento dell'idea classica delle frontiere nazionali ed alla libera circolazione di beni, servizi, capitali, persone, idee e valori, ha, per contrapposto, favorito fenomeni di "localizzazione" legati all'emergente rivendicazione di una propria identità nazionale⁵. Il modello centrale o centralizzato perde, inevitabilmente, piede attraverso una crisi di trasformazione del sistema onusiano e si aprono dubbi sulla ricostituzione della legalità internazionale.

Non meraviglia, allora, l'interrogativo sulla possibilità di rinvenire, nell'intreccio della crescente integrazione ed interdipendenza economica, politica e sociale, una Costituzione "multi-regionale" o multi-centrica secondo uno schema pluralistico e orizzontale della società internazionale, espressione di valori condivisi e di processi decisionali in grado di determinare il continuo divenire dell'ordine internazionale. Risulta essere un dato di comune esperienza l'allineamento dei costituzionalisti contemporanei, intesi come studiosi della Costituzione nazionale, sul fronte, finora ad essi estraneo e sconosciuto, della Costituzione "regionale europea", intesa come Costituzione particolare di uno spazio giuridico, appunto, suscettibile di incorporare quello nazionale, soprat-

(voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, vol. XXX, 2000 e ID., *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello stato costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 455 ss.

⁴ Sulla nozione di Costituzione europea come variante del diritto internazionale delle organizzazioni regionali su base comunitaria-europea o di diritto dell'integrazione si è stratificata una dottrina ormai considerevole. In tale senso, dal diritto comunitario europeo, come dal diritto dell'integrazione latino-americana, deriva un risultato normativo definibile Costituzione o in termini di Costituzione in senso lato, da intendersi come preesistente rispetto al Trattato di Roma del 29 ottobre 2004. V. per tutti, M. PANEBIANCO, *Prelezioni di diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005 sulla c.d. regionalizzazione del diritto internazionale come tipica forma di integrazione di gruppi ed aree multilaterali di Stati, nonché quale fenomeno consuetudinario-costituzionale in grado di giuridicizzare i grandi spazi continentali e di incidere sull'ordine internazionale generale o globale.

⁵ Sia consentito rinviare a tutti gli autori interessati al fenomeno della "globalizzazione", intesa come Costituzione nascente della società mondiale (o *world law*, sul punto v. H. J. BERMAN, *Integrative Jurisprudence and World Law*, in M. ATIENZA - E. PATTARO - M. SCHULTE - B. TOPORNIN - D. WYDUCKEL, *Theorie des Rechts und der Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003) quale spazio giuridico comune senza frontiere sempre più de-statalizzato e de-nazionalizzato intorno ad un ordine sovrastatale e sovranazionale, beneficiario di una *deregulation* di poteri preesistenti. In tal senso, la Costituzione europea diviene solo espressione di una Costituzione globale minore posta in bilico tra il nazionale ed il mondiale, alla cui edificazione partecipano i poteri sovranazionali e nazionali ivi compresi legislatori e giudici. Illuminanti appaiono al riguardo le considerazioni della dottrina costituzionalistica più direttamente interessata alla Costituzione europea, ormai largamente nota, per la quale sia consentito il solo rinvio a G. AMATO - F. FORQUET, *Noi in bilico. Inquietudini e speranze di un cittadino europeo*, Roma-Bari, Laterza, 2005. Inoltre, uno degli effetti della globalizzazione è appunto la crescente localizzazione in favore degli ordinamenti dei privati o della c.d. società civile transnazionale. Sul punto E. ÖZBUDUN, *Fonctions changeantes de l'état à l'ère de la mondialisation*, Rapport au Neuvième rencontre internationale de Carthage, 1-5 mars 2005, Académie Tunisienne des Sciences, des Lettres et des Arts «Beit Al-Hikma».

tutto a livello dei valori supremi (diritti umani, *free market*, principio di trasparenza, comunicazione pubblica-privata, società dell'informazione, *e-government*). E non meraviglia neppure che "l'esperienza costituzionale" dell'Unione europea si sia tradotta nel Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 che adotta una Costituzione per l'Europa.

Invero, l'Unione europea, ponendosi al crocevia tra diritto internazionale, diritto comunitario-unionistico, diritti nazionali, nonché tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, giurisprudenza delle Alte Corti europee e nazionali, principi generali di diritto comunitario, prassi nazionali, assurge ad un costruito normativo tale da presentarsi come polo d'attrazione e di ricomposizione ad unità dei diversi livelli normativi e decisionali quale modello di "democrazia aperta ed integrata" interno ed esterno allo spazio giuridico europeo⁶. Ecco perché essa rinsalda le sue basi in un "testo costituzionale"⁷ che normativizza in forma nuova contenuti "vecchi", recependo e innovando disposizioni previgenti secondo un processo semi-permanente di revisione⁸. In tale ottica "multi-dimensionale" appare oltremodo difficile misurare la Costituzione europea con le categorie del costituzionalismo classico (Stato, popolo, legittimazione democratica)⁹, in quanto essa si pone (e non potrebbe altrimenti-

⁶ Non si può negare che l'Unione europea, nata, altresì, come processo di consolidamento della pace nell'Europa del dopo-guerra, ha progressivamente sviluppato un sistema di democrazia graduale e progredita attraverso l'interazione tra ordinamenti giuridici e istituzioni nazionali e comunitarie. Tale rapporto osmotico risulta ad oggi consacrato in una serie di disposizioni della Costituzione europea tali da proiettare una riserva di democrazia nazionale che concorre a costruire l'intero sistema euro-nazionale. Ciò, sia dal punto di vista normativo attraverso l'individuazione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri quali principi generali (peraltro già previste all'art. 6 TUE, ora art. I-9), sia attraverso il rimando alle legislazioni e prassi nazionali, sia attraverso l'estensione del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali (art. I-5), nonché attraverso la rimodulazione dei rapporti tra Parlamento europeo e parlamenti nazionali nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. I-11), nell'esercizio della clausola di flessibilità (art. I-18), nella partecipazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. I-42), nell'adesione di nuovi Stati (art. I-58). Sul punto vedi per tutti, F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss. Allo stesso modo, gli ordinamenti nazionali degli Stati membri hanno progressivamente provveduto all'adeguamento della loro normativa costituzionale in attuazione degli obblighi comunitari-unionistici. Per l'Italia si veda la nota legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 recante «Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione» in *Guri* n. 248 del 24 ottobre 2001. Sul "principio" del rispetto del diritto internazionale e comunitario emerso a livello costituzionale italiano mediante formulazione esplicita sono da condividere le riflessioni di G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei trattati internazionali e costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della comunità globale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

⁷ Il ricorso al termine "testo costituzionale", più volte adoperato nel presente lavoro, risponde alla logica della Dichiarazione di Laeken (14-15 dicembre 2001) che, nel conferire il mandato alla Convenzione, «si pone il quesito se questa semplificazione e questo riordino non debbano portare, a termine, all'adozione nell'Unione di un testo costituzionale».

⁸ In tal senso, cfr. B. DE WITTE, *Il processo semi-permanente di revisione dei Trattati*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 499 ss.

⁹ Il presente lavoro si colloca nell'ottica generale del costituzionalismo post-moderno produttivo di testi costituzionali post-nazionali comuni a costellazioni di Stati. Esso prescinde da ogni ricerca sulla storia del costituzionalismo, sia di quello statuale successivo alle grandi rivoluzioni americana e francese da cui derivarono le prime Costituzioni del mondo moderno, sia del costituziona-

ti porsi), non come un atto normativo singolo, ma come *summa ad unum* della serie progressiva e continua di atti di revisione integrativi, modificativi ed innovativi dei Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione europea, caratterizzati dalla conservazione del c.d. *acquis* in grado di ingenerare un *continuum* costituzionale¹⁰.

La "Costituzione europea" pur non essendo un atto normativo posto dal tradizionale potere costituente, è pur sempre "una" Costituzione per l'Europa, in quanto *reductio ad unitatem* della pluralità delle fonti giuridiche che hanno disciplinato l'istituzione, il funzionamento e l'evoluzione della Comunità/Unione europea lungo un asse temporale idoneo a definirla come processo costituente aperto, misto di conservazione e cambiamento, di staticità e dinamismo, stabilità e flessibilità. Il diritto costituzionale comune, che ne è derivato, risulta tanto dall'osservazione della prassi e dalla comparazione dei sistemi giuridici nazionali degli Stati membri, quanto dagli strumenti e procedure di revisione che hanno determinato un processo di innovazione-recezione reiterato secondo un iter logico-temporale in grado di comporre il rapporto tra *vetus* e *novum ius*. Pertanto, il processo di integrazione europea, modellato sul metodo funzionalista¹¹ e capace di adattarsi ai mutamenti della società europea e della Comunità internazionale in generale, avverte ora la necessità di stabilizzarsi ed assestarsi sulle sue basi costituzionali.

Il presente lavoro si propone di evidenziare il carattere innovativo-recettivo e di continuità giuridica della revisione (par. 2), di fornire un'analisi dei dati normativi di riferimento (par. 3 e 4) e di come la suddetta continuità si sia tradotta in un testo uno ed unico (*Treaty-Constitution*) o almeno duplice e molteplice (*Custom-Constitution*) (par. 5), frutto di un procedimento di revisione *ad hoc* che ha presentato aspetti peculiari sia sostanziali (par. 6), sia organizzativi e procedurali (par. 8). Tale percorso consentirà, inoltre, di mostrare come la Costituzione europea non sia frutto di una revisione spontanea e svincolata dalle precedenti, ma di una revisione «*per seriem* o seriale», quale

lismo pre-moderno o federale con Costituzioni comuni a più Stati o unioni di Stati, ad es. la Costituzione del Sacro Romano Impero dall'800 all'1800. Sul punto v. H. MOHNHAUPT - D. GRIMM, *Verfassung*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2002, opera importante che ricostruisce la storia della Costituzione dall'antichità, all'età classica, a quella contemporanea come immanente all'esperienza giuridica di tutte le epoche. Ed ancora M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999 che individua più dottrine della Costituzione nelle diverse epoche storiche evidenziando i nessi intercorrenti tra le stesse.

¹⁰ Non vi è dubbio che, a partire dalla loro istituzione, prima le Comunità e poi l'Unione, hanno subito un processo evolutivo che, sia attraverso i diversi procedimenti di revisione, sia attraverso l'allargamento ad altri Stati, nonché attraverso forme di cooperazione tra gli Stati membri, ha condotto ad un consolidamento del diritto comunitario-unionistico in termini di nucleo costituzionale duro. In tal senso, v. P. COMTE - A. JEAMMAUD, *L'acquis et le droit*, in *R.A.E - L.E.A.*, 2001-2002, p. 787 ss.; J. RIDEAU, *Acquis et révision*, *ivi*, p. 793 ss.; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Acquis et élargissement de l'Union*, *ivi*, p. 805 ss.; J. L. SAURON, *Acquis et coopérations renforcées*, *ivi*, p. 815 ss.

¹¹ Sull'idea dell'Unione europea, quale processo di integrazione funzionale frutto di un principio di derivazione giurisprudenziale, v., tra gli altri, P. MANIN, *Les Communautés Européennes. L'Union Européenne*, Paris, Pedone, 1999.

parte di un procedimento in qualche misura "pre-ordinato". Il presente contributo non offre una risposta aprioristica sul dilemma concernente le modalità della procedura, il tipo di atto adottato (Trattato o Costituzione); questioni divenute un po' di maniera o quasi di rituale. Si occupa, invece, di esaminare i contenuti della revisione constatando una sua stretta aderenza al diritto dei Trattati pre-esistenti o pre-vigenti nel senso di una revisione di continuità o stabilizzatrice del contesto normativo precedente, nonché dei suoi aspetti interistituzionali maturati nell'esperienza delle Comunità e dell'Unione europea (par. 7). Aver concepito una Costituzione europea così fatta consente di valutarla, allora, non più e non solo in una dimensione statica (come atto posto o supposto tale), bensì in quella dinamica della costante "revisione evolutiva" che ha consentito di mettere a regime il prima e il dopo della Costituzione in posizione di difficile, ma reciproco bilanciamento. Il giudizio su tale risultato resta ovviamente riservato e tale da giustificare l'incertezza terminologica Trattato-Costituzione su cui tanto si è soffermata la discussione ancora oggi corrente.

2. Revisione dei Trattati comunitari-unionistici in senso costituzionale

Non vi è dubbio che, nell'attuale ed ultimo stadio del processo di revisione, l'attenzione della dottrina è risultata, in particolar modo, focalizzata sull'inconciliabile binomio Trattato-Costituzione, essendo maggiormente avvertite le preoccupazioni relative all'assenza di uno Stato, di un popolo, di un potere costituente e, quindi, di una legittimazione democratica. Nondimeno, sebbene non sia possibile ritenere superato il dibattito euro-costituzionale – peraltro iniziato agli stessi albori delle Comunità¹² –, non si può negare che siamo in una fase di cristallizzazione del "testo" che apre differenti scenari e nuove problematiche connesse, soprattutto, alle modalità di sostituzione, revisione e continuità normativa nella successione dai trattati precedenti¹³ (Roma

¹² Sul punto, cfr. J.-P. JACQUÉ, *La Constitution de la Communauté européenne*, RUDH, 1995, p. 397 ss. e più di recente, D. PASQUINUCCI, *I Progetti di costituzione europea: dall'Assemblea "ad hoc" alla Dichiarazione di Laeken*, Milano, Edizioni Unicopli, 2003; C. PHILIP, *La Constitution européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

¹³ Con tale terminologia si vuole dare conto del dato normativo della revisione e continuità dei Trattati comunitari e di Unione nel Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 senza in alcun modo coinvolgere la disciplina classica della successione degli Stati nei trattati in quanto legata a mutamenti della sovranità territoriale (indipendenza, smembramento, incorporazione, ecc. secondo la Convenzione sulla successione degli Stati nei trattati, Vienna, 23 maggio 1978). Esulano dall'oggetto della presente indagine i riferimenti generali sul ruolo del diritto internazionale e del diritto costituzionale nei processi di revisione dei trattati internazionali e delle organizzazioni internazionali diverse e distinte rispetto all'Unione europea (nella bibliografia sul tema sia consentito citare l'opera di L. PANELLA, *Gli emendamenti agli atti istitutivi delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 1986). Ugualmente sono esclusi dalla trattazione gli aspetti relativi agli adattamenti dei trattati comunitari e di Unione in occasione dell'allargamento a nuovi Stati membri, il cui numero viene considerato presupposto nel Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, anche se suscettibile esso stesso di

– Lussemburgo – Maastricht – Amsterdam – Nizza) all'*unicum* del Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004.

A ben vedere il processo di integrazione comunitario-unionistica ha, di continuo, registrato mutamenti periodici e "forme evolutive" non sempre riconducibili alla predisposizione classica contenuta nell'art. 48 TUE (già art. 236 CEE e poi art. N TUE), muovendosi, inoltre, secondo il criterio della molteplicità dei trattati aggiunti rispetto ai trattati iniziali come loro integrazione e modifica. È pur vero che i Trattati comunitari ed unionistici, in quanto trattati ai sensi del diritto internazionale, hanno risentito dell'evoluzione delle relazioni internazionali e del principio di sovranità degli Stati¹⁴, per cui, accanto alla forma classica di revisione ex art. 48 TUE – peraltro abbastanza complessa¹⁵ –, risultavano già previste procedure di revisione semplificata¹⁶ rimesse alle sole istituzioni comunitarie (v. art. 80, par. 2 TCE, art. 104, par.

ulteriori modifiche in vista del già previsto ampliamento ad altri Stati europei e non. Allo stesso modo si prescinde dall'analisi delle distinzioni tra i diversi termini di modifica, emendamento e revisione secondo l'interpretazione della Commissione di diritto internazionale alla parte IV del progetto della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati. Sul punto, si veda W. G. GREWE, *Treaties, Revision*, in *EPIL*, 7, 1984, in part. p. 501 ed ancora A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Viceversa, oggetto del presente lavoro è l'avvenuta revisione dei Trattati pre-esistenti comunitari-unionistici (con finalità costituzionali che trascendono il pattizio), gli aspetti procedurali ad essa connessi, nonché il processo di successione e di continuità normativa e giurisprudenziale da essa ingenerato.

¹⁴ In particolare, si vuole dar conto della dialettica già da tempo esistente in dottrina tra coloro che ritengono che la specifica procedura di revisione (ex art. 48 TUE) non costituisca un limite allo *ius contrahendi* degli Stati, i quali - in base alle norme di diritto internazionale generale contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (23 maggio 1969) - sarebbero liberi di accantonare, per volontà unanime, procedure di revisione predeterminate e contenute in apposite clausole, e coloro che, sulla scia della sentenza della Corte di giustizia (sentenza dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Defrenne*, in *Raccolta*, 1976, p. 480, par. 57), ritengono gli Stati membri giuridicamente vincolati alla procedura di cui all'art. 48 TUE. Sul punto, cfr. M. DELIEGE-SEQUARIS, *Révision des Traités européens en dehors des procédures prévues*, in *Cah. dr. eur.*, 1980, p. 539 ss.; J. V. LOUIS, *Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés*, *ivi*, p. 553 ss.; B. DE WITTE, *Rules of change in international law: How special is European Community?*, in *NYIL*, 1994, p. 299 ss., *Id.*, *Il processo semi-permanente di revisione dei trattati*, *cit. supra*, nota 8; UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON - FACULTÉ DE DROIT CENTRE D'ÉTUDES EUROPÉENNES, *Les procédures de révision des traités communautaires: du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

¹⁵ Più specificamente, la procedura in questione consta di tre fasi: comunitaria, diplomatica e nazionale, la cui denominazione deriva dai diversi soggetti istituzionali coinvolti nella procedura di revisione, rispettivamente: Consiglio, Parlamento e, se del caso, la Commissione nella prima fase; Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri nella seconda fase e istituzioni nazionali nella terza fase. Per un'analisi più peculiare della procedura, v. J. Y. DE CARA, *La révision des traités communautaires et le droit international*, in UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON - FACULTÉ DE DROIT CENTRE D'ÉTUDES EUROPÉENNES, *Les procédures de révision*, *loc. cit.*, p. 17-18 e 19.

¹⁶ Anche nel Trattato costituzionale, accanto alla revisione ordinaria (art. IV-443) vengono espressamente formalizzate altre due procedure di revisione semplificata (artt. IV-444 e IV-445). Rispettivamente, la prima consente il passaggio dalla deliberazione all'unanimità a quella a maggioranza qualificata o dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria, in assenza di opposizione dei parlamenti nazionali e previa approvazione del Parlamento europeo; la seconda consente, attraverso l'emanazione di una decisione europea, una modifica, in tutto o in parte, delle disposizioni delle sole politiche e azioni interne dell'Unione (Parte III, Titolo III), ma non può ampliarne le competenze e, per entrare in vigore, deve essere approvata dagli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

14 TCE, art. 221 e 222 TCE, ecc.), nonché procedure, seppure non di vera e propria revisione, quanto meno di ampliamento ed integrazione delle competenze, se necessario per il raggiungimento di scopi previsti dal Trattato (attuale art. 308 TCE, ex art. 235 TCE)¹⁷; ed ancora «norme passerella» tali da consentire il passaggio da una regime giuridico ad un altro¹⁸ senza dar luogo ad una vera e propria procedura di revisione.

Ciononostante, e cioè nonostante tali accorgimenti tecnici modificativi dei Trattati, nel momento attuale si evidenziano diversi aspetti che inevitabilmente pongono una serie di interrogativi. In primo luogo, la circostanza che il continuo processo di revisione ha da sempre proceduto attraverso il consolidamento dei Trattati precedenti garantendone la perdurante vigenza. Viceversa, l'attuale Trattato costituzionale espressamente ne sancisce l'abrogazione (v. *infra*, par. 3 e 6). In secondo luogo, che la ormai compiuta revisione dei Trattati comunitari-unionistici ha ingenerato un procedimento di formazione e successione del "mega-testo" nel chiaro intento di un ri-ordine e ri-assetto dell'intero sistema comunitario-unionistico. In tal senso, allora, la revisione è apparsa non più e non solo come successivo accordo, modificativo in tutto o in parte di uno anteriore, concluso tra gli stessi Stati, bensì come procedimento di recezione e ri-composizione del diritto precedente in uno sforzo di continuità giuridica¹⁹. Si delinea, in tal modo, quell'idea di evoluzione in senso costituzionale dei Trattati comunitari-unionistici, perchè frutto di un processo di revisione permeato dalla loro costante conservazione e recezione anche nel nuovo testo del Trattato di Roma.

In terzo luogo, mentre nel ripercorrere le "tappe revisioniste" dei Trattati comunitari-unionistici è stato sempre possibile rilevare il ruolo centrale delle varie Conferenze intergovernative, nell'elaborazione delle modifiche apportate al testo sul quale è stato firmato l'accordo degli Stati membri il 29 ottobre

¹⁷ L'art. 308 TCE è confluito nell'art. I-18 del Trattato costituzionale (o «clausola di flessibilità» rispetto al principio di attribuzione delle competenze), anche se con l'aggiunta di alcune cautele. In primo luogo, l'art. I-33, par. 2, esclude la possibilità di adottare atti atipici; in secondo luogo, viene previsto un obbligo di informazione dei parlamenti nazionali attraverso il richiamo alla procedura di controllo del principio di sussidiarietà (art. I-11); in terzo luogo, si esclude che le misure adottate possano comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui la Costituzione lo esclude.

¹⁸ In particolare, l'art. 42 TUE che permette di "comunitarizzare" materie del "terzo pilastro".

¹⁹ In questo senso rileva la peculiarità del procedimento di revisione dei Trattati comunitari e unionistici che innestandosi sul continuo processo di integrazione europea ha da sempre proceduto attraverso regimi transitori e differenziati poi incorporati o allegati al testo (v. ad es. gli accordi Schengen e la loro integrazione nel Protocollo n. 17 al Trattato di Amsterdam su cui v., tra gli altri, B. NASCIBENE, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, p. 731 ss. e A. TIZZANO, *A proposito dell'inserzione dell'acquis di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo del "Consiglio" con Islanda e Norvegia*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 521 ss.). In senso critico, cfr. M. WIND, *The European Union as a polycentric polity: returning to a neo-medieval Europe?*, in J. H. H. WEILER - M. WIND (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 103 ss.

2004, si è ravvisato un processo di revisione *ad hoc di tipo binario* che ha comportato, in una prima fase, conclusasi il 18 luglio 2003, il Progetto di trattato che *istituisce* una Costituzione per l'Europa²⁰ e, in una seconda fase, terminata il 18 giugno 2004 preliminare alla firma del 29 ottobre, il Trattato che *adotta* una Costituzione per l'Europa. Entrambe le fasi sono risultate quali sfere di competenza di "entità distinte": Convenzione come "organismo-mecanismo" di revisione e istituzione e Conferenza intergovernativa come organo degli Stati e dei soli Stati di revisione e adozione. Pertanto, l'attuale "Costituzione" europea è apparsa, altresì, quale prodotto normativo frutto di un procedimento di elaborazione di norme organizzativo-procedurali (v. in seguito par. 8) a cui si è affiancato il procedimento di adozione-revisione proprio del diritto internazionale. D'altronde, nel delineato contesto di continua mobilità sistemica consistente, tra l'altro, nei ripetuti "aggiustamenti" e adattamenti degli assetti istituzionali, interistituzionali e decisionali, non meraviglia che si sia seguita una procedura concepita *ad hoc*, quale simbolo del mutamento radicale rispetto all'ordine giuridico pre-esistente²¹.

3. Innovazione e continuità giuridica

Allorché il titolo del Trattato costituzionale ha espresso la sua intenzione di adottare *una* Costituzione per l'Europa si è posto subito il problema dell'unità e unicità del relativo testo, cioè della sua unità sistematica rispetto agli altri testi precedenti e successivi. Una Costituzione, infatti, come quella europea risulta in parte innovativa, ovvero punto di partenza di una nuova fase aperta sul futuro (*ex post*), in parte recettiva in quanto chiamata a concludere un'esperienza precedente e antecedente propria della fase comunitaria e unionistica (*ex antea*). Tale finalità emerge chiaramente non solo dal titolo, ma anche dal Preambolo nel quale si riassume e si propone la formula classica «(...) risolti a proseguire l'opera compiuta nel quadro dei trattati che istituiscono le Comunità europee e del trattato sull'Unione europea, assicurando la continuità dell'*acquis* comunitario (...)», e infine trova la sua consacrazione formale nella Parte IV del Trattato «disposizioni generali e finali», in particolare artt. IV-437 e IV-438, da intendersi come vera e propria *sedes materiae*

²⁰ Per un'attenta disamina delle modifiche introdotte dal Progetto di Trattato, sia consentito rinviare a I. PERNICE (eds.), *A constitution for the European Union. First comments on the 2003 Draft of the European Convention*, Baden-Baden, Nomos-Verlagsges, 2004; v. L. S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004 ed inoltre, A. TIZZANO (a cura di), *Una costituzione per l'Europa: testi e documenti relativi alla convenzione europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

²¹ Sia pur in una visione di diritto costituzionale nazionale, sia consentito richiamare le considerazioni di S. GAMBINO (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003.

della revisione.

A ben vedere il riferimento nell'intitolazione, sia del Progetto, sia del Trattato, ad *una* Costituzione per l'Europa va letto nell'ottica della necessità di ricomporre ad unità sistematica una molteplicità di testi precedenti, sovrapposti e poco intelligibili. È ben noto che il processo di integrazione comunitario-unionistico, caratterizzato per essere a "stadi di avanzamento" continui e addizionali, ha proceduto secondo un'opera di stratificazione dei diversi livelli testuali²². Pur non volendo considerare che l'Unione europea è "unione di integrazione sempre più stretta"²³, non era possibile negare che la sua esperienza evolutiva si fosse tradotta in un processo continuo di innovazione-recezione, caratterizzato dalla salvaguardia del c.d. *acquis* o "acquisito" al patrimonio comunitario (unionistico) o "comune".

In tal senso, il Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004 ha provveduto a coniugare il predetto binomio innovazione-recezione nell'art. IV-437 «abrogazione dei precedenti trattati» e nell'art. IV-438 «successione e continuità giuridica», avvertendo la necessità di dover garantire, nel passaggio ad una fase nuova, la prosecuzione del processo di costituzionalizzazione europea. L'innovazione conseguente all'abrogazione dei Trattati precedenti, nonché degli atti che li hanno completati e modificati, è risultata, di fatto, controbilanciata dalle disposizioni del successivo art. IV-438 come regime di diritto intertemporale che copre lo spazio giuridico intercorrente fra due equilibri normativi che si succedono nel tempo²⁴. Ad una fase che si era aperta all'insegna della discontinuità (v. Progetto di Trattato del 18 luglio 2003)²⁵ ha fatto

²² Gli studiosi della storia del costituzionalismo hanno da tempo individuato che la Costituzione è un testo uno ed unico, ma altresì un testo uno e molteplice in quanto la Costituzione-norma consente di aprirsi all'esperienza costituzionale attraverso l'interpretazione mutevole nel tempo, c.d. Costituzione-decisione, nonché attraverso i testi costituzionali collegati, v. per tutti P. HÄBERLE, *Stato costituzionale. III) La costituzione dello Stato costituzionale* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, vol. XXX, 2000 e le sue importanti riflessioni sulla ricchezza delle forme e livelli dei testi costituzionali, nonché sul pluralismo, i livelli scritti e non scritti e lo scambio di influssi tra fonti giuridiche.

²³ Come punto di riferimento della Comunità europea, intesa come ente di integrazione funzionale tra Stati, v. il classico testo di H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972. È appena il caso di notare come tale teoria integrazionista costituisce il punto di arrivo del costituzionalismo tedesco, rappresentato dalle opere più note del XX secolo (C. SCHMITT, R. SMEND), grazie al quale si assegna alla Costituzione il compito generale di garantire l'equilibrio dei poteri interni ed esterni dello Stato, nonché la sua solidarietà con le esigenze rappresentate dai cittadini. Di recente tale indirizzo è stato ripreso negli studi più generali dei teorici e filosofi del diritto come presupposto del diritto globale realizzabile attraverso un ruolo integrazionista assegnato alla funzione normativa ed a quella giurisprudenziale, v. H. J. BERMAN, *Integrative Jurisprudence and World Law*, *cit. supra*, nota 5. Dando svolgimento a tali presupposti teorici si può ritenere che anche la Costituzione europea può essere definita come genericamente integrazionista nel senso di essere auto-integrativa rispetto al diritto preesistente dell'Unione e della Comunità europea (art. IV-438) ed etero-integrativa rispetto al diritto costituzionale degli Stati membri.

²⁴ Sul concetto di diritto intertemporale, seppur riferito al diritto internazionale privato, ci permettiamo rinviare a A. GIARDINA, *Successione di norme di conflitto*, Milano, Giuffrè, 1970.

²⁵ Gli artt. IV-437 e IV-438 presentavano, nel Progetto di Trattato, un contenuto più esiguo, poi ampliato dai lavori della Conferenza intergovernativa. Sul rapporto tra continuità e discontinuità, v.

seguito, viceversa, un recupero integrale del diritto previgente, in modo da assicurare la continuità giuridica del "procedimento costituente in atto"²⁶. Ecco perché l'art. IV-438 nella descritta fase di transizione normativa pone accanto all'originario *acquis* comunitario, meglio noto come "*accession acquis*" o *acquis* ordinario perché relativo all'allargamento ed all'accesso di nuovi Stati membri, ulteriori dimensioni o aspetti (v. *infra*, par. 4) tali da far ritenere patrimonio costituzionale euro-unionistico tutto quanto precedentemente *receptum*²⁷.

Come si sa, in tale processo di costituzionalizzazione, un ruolo importante è stato svolto dalla Corte di giustizia delle Comunità europee che ha concorso a costruire il sistema comunitario-unionistico a «lettura e valenza giurisprudenziale». Essa ha, in sostanza, posto accanto al testo esplicito dei Trattati uno implicito o non scritto, enucleando, tra l'altro, i principi generali di diritto comunitario mutuati dai sistemi giuridici nazionali o dal diritto comunitario stesso e concorrendo all'elaborazione del catalogo dei diritti fondamentali, poi confluiti nella Carta di Nizza ed ora nella Parte II del Trattato di Roma. Ma, soprattutto, essa, unitamente al Tribunale di primo grado, ha svolto una ben nota attività di interpretazione ed applicazione dei Trattati e del diritto derivato, tale da fornire, attraverso i suoi principi e criteri interpretativi, un ordine razionale del diritto previgente e da contribuire alla sua evoluzione come fonte di interpretazione del *law in action*²⁸. Ciò spiega la preoccupazione dell'art. IV-438 di garantirne la continuità anche nel nuovo Trattato costituzionale.

D. VIGNE, *Le Projet du 18 juin 2004 d'une Traité constitutionnel, continuité e discontinuité*, RMCUE, 2004, p. 417.

²⁶ Ci sia consentito l'utilizzo della formula «processo costituente in atto» in quanto il Trattato costituzionale adotta un regime transitorio relativo all'adozione di una decisione europea per la definizione della composizione del Parlamento europeo e, inoltre, rinvia al 2014 la nuova composizione della Commissione (artt. 1-20 e 1-26, par. 5 e 6, nonché Protocollo n. 34).

²⁷ Per una disamina della geo-politica dell'*acquis* dell'Unione europea si rinvia a M. BLANQUET, *L'acquis constitutionnel*, in R.A.E. - L.E.A., 2001- 2002, p. 941 ss.; L. BURGORGUE-LARSEN, *L'acquis législatif*, *ivi*, p. 976 ss.; V. CHRISTIANOS, *L'acquis jurisprudentiel*, *ivi*, p. 986 ss.; J. AUVRET-FINCK, *L'acquis conventionnel de l'Union*, *ivi*, p. 991 ss.; L. AZOULAY, *L'acquis et les organisations internationales*, *ivi*, p. 1006 ss.; R. MEHDI, *L'acquis et les Etats membres*, *ivi*, p. 1037 ss.; E. VARNAY, *L'acquis communautaire et les PECO*, *ivi*, p. 1048 ss.; I. FRIKHA, *L'acquis et les Etats méditerranéens associés*, *ivi*, p. 1058 ss.; S. CORTEMBERT, *L'acquis communautaire et les Etats de l'A.E.L.E.*, *ivi*, p. 1070 ss.; S. PEREZ, *L'acquis et les Etats ACP*, *ivi*, p. 1077 ss.

²⁸ Appare chiaro che la Costituzione europea è il frutto di una interazione normativa che si snoda lungo i filoni della revisione del diritto primario e dell'innovazione del *case law*. Ad esse si aggiunge la proliferazione del diritto derivato e di quello di derivazione più propriamente nazionale che concorre alla costruzione del sistema giuridico euro-nazionale. In questo senso, l'art. IV-438 pone tra gli atti che continuano a produrre effetti giuridici anche le Convenzioni concluse tra gli Stati membri, nonché gli accordi tra gli stessi conclusi per il funzionamento dell'Unione o della Comunità. La Costituzione europea, allora, si pone nei termini della innovazione e recezione esplicita ed implicita, scritta e collegata per *relationem* ai Protocolli ed alle Dichiarazioni allegate, definitiva e transitoria. Sul punto, v. F. SNYDER, *The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and culture*, in J. H. H. WEILER - M. WIND, *European Constitutionalism Beyond the State*, *cit. supra* nota 19, p. 55 ss. ed il suo modello di Costituzione europea che si fonda sulle tre dimensioni interrelate dei principi costituzionali, dei processi di costituzionalizzazione e della cultura costituzionale. V. inoltre, G. JACOBS, *The evolution of the European legal order*, CMLR, 2004, p. 303 ss. sul «systematic and purposive character of the Court's interpretative techniques».

In verità, con il binomio innovazione-recezione non si intende dar conto delle modifiche sostanziali²⁹ che pur presentano carattere innovativo, ma sottolineare come il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è "l'atto fondamentale" del processo di integrazione europea, l'atto di radicamento del suo nuovo assetto costituzionale su basi pre-esistenti. Si tratta di un testo che, pur con limiti e carenze, consolida l'aspetto ordinamentale dell'Unione europea sulla base delle regole pre-esistenti a supporto e sostegno di quelle ulteriormente elaborate. In un certo senso, l'Unione europea si "ri-costituisce"³⁰ o meglio si "rifonda" attraverso la revisione dei suoi elementi fondamentali di *governance* e di cittadinanza³¹ fin dall'iniziale opera della Convenzione.

4. Aspetti della continuità: le cinque dimensioni (art. IV-438)

Venendo ora all'esame più analitico e dettagliato del dato normativo in cui trova riscontro quanto fin ora evidenziato, l'art. IV-438 individua i singoli aspetti della successione e continuità giuridica. In particolare, esso, strutturato

²⁹ Senza entrare nel merito delle modifiche introdotte, è possibile, tuttavia, sintetizzarle secondo cinque grandi categorie: 1. semplificazione, trasparenza e sussidiarietà; 2. cittadinanza europea; 3. istituzioni; 4. politiche; 5. disposizioni "orizzontali" (v. ad es. la clausola orizzontale in materia di cooperazione rafforzata - art. I-43 e art. III-322 ss. - che fonde le diverse procedure finora previste per i tre "pilastri", con un considerevole progresso in materia di trasparenza).

³⁰ In tale senso di ri-costituzione dell'Unione europea per un *self-governing constitutional regime*, v. K. LENAERTS - D. GERARD, *The structure of the Union according to the Constitution for Europe: the emperor is getting dressed*, in *E.L. Rev.*, 2004, in part. p. 295-296 secondo i quali «(...) The Convention has been a formidable forum of re-constitution of European society as a political community, shifting the focus from the letter of the Treaties to the type of government "we Europeans" want to create. The Convention, through its composition, has also reaffirmed the double source of sovereignty of the Union, while re-equilibrating the respective share of the Member States and of the citizens in the "sovereignty granting process" (...). By its simplification proposals, the Convention has refined the autonomy of the European level of governance and therefore refined the position of each entity within the European "co-operative constitutional order"».

³¹ In ordine alla cittadinanza, il Trattato costituzionale ha predisposto un quadro di valori, diritti e doveri condivisi. Sin dall'art. I-1 che fissa il principio della "doppia legittimazione" dell'Unione europea «(...) ispirata dalla volontà dei cittadini e degli Stati d'Europa (...)» è possibile cogliere gli aspetti di una "cittadinanza *multilevel*" (sul punto, v. tra gli altri, M. PANEBIANCO, *Etats et citoyens à l'heure de la Constitution européenne*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2005, p. 28 ss.) ispirata ai valori universali (art. I-2), europei (art. I-3, par. 3), locali e regionali (art. I-5) ed improntata ai principi della uguaglianza democratica (art. I-45), della democrazia rappresentativa (art. I-47) e della democrazia partecipativa (art. I-48). Essa si traduce e si rafforza nei diritti e nelle libertà fondamentali contenute nell'art. I-9 e meglio specificate nella Carta dei diritti fondamentali ora incorporata nella Parte II del Trattato. La letteratura giuridica in materia di cittadinanza europea è cospicua. Pertanto, ai soli fini indicativi sia consentito segnalare: B. NASCIBENE, *Profili della cittadinanza dell'Unione europea*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 246 ss. N. REICH, "System der subjectiven öffentlichen Rechte" in the Union: *A European Constitution for Citizens of Bits and Pieces*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1995, vol. VI-1, p. 163 ss.; J. SHAW, *Citizenship of the Union: Toward Post-national Membership?*, *ivi*, p. 245 ss.; A. WEALE - M. NENTWICH, *Political Theory and the European Union. Legitimacy, constitutional choice and citizenship*, London and New York, Routledge, 1998 e più di recente, M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione europea e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2003.

in cinque paragrafi, individua, cinque diverse dimensioni della continuità: istituzionale, funzionale, normativa, giurisprudenziale, delle «procedure amministrative e giurisdizionali», nonché un'ampia categoria residuale ricomprensiva degli altri elementi dell'*acquis* comunitario-unionistico.

Non è possibile nascondere le perplessità che sorgono dalla lettura di tale articolo, che sin dalla rubrica coniuga i due termini antitetici di successione-continuità, sintomatici il primo dell'aspetto dinamico della sostituzione, il secondo di quello statico della stabilità o permanenza. È probabile che, nonostante la formulazione artificiosa, l'idea perseguita fosse quella di garantire i principi tipici del "diritto successorio" ed in particolare, nonostante lo "pseudo-mutamento" tra vecchia e nuova Unione, la devoluzione integrale del "patrimonio costituzionale comune". Questo spiegherebbe anche la particolare struttura dell'art. IV-438 che nel par. 1 si occupa della successione e negli altri della continuità del diritto comunitario-unionistico.

a. continuità istituzionale. Più precisamente, il par. 1 delinea la successione dell'Unione europea, quale istituita dal Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 alla Comunità/Unione europea dei rispettivi trattati istitutivi. Si chiude, così, la c.d. fase "bicefala" attraverso la sostituzione dell'unico soggetto Unione europea ai due soggetti Comunità/Unione. È inutile dire che una simile previsione normativa non preclude l'esistenza, nei fatti, di una duplice disciplina comunitaria e intergovernativa che continua a persistere³², sia pur per aspetti minori. Né è possibile ritenere che la soluzione sia rinvenibile nell'articolo attributivo della personalità giuridica internazionale all'Unione³³. A ben vedere la successione presuppone l'alterità dei soggetti, nel senso della sostituzione di un soggetto ad un altro. In tal caso, invece, trattasi di una sopravvivenza, di una prosecuzione dato che un soggetto succede a se stesso. Probabilmente, la formula quanto mai ridondante è derivata dalla necessità di ancorare ad una statuizione del Trattato anche la continuità istituzionale onde qualificare tale nuovo soggetto come erede e sostituto dei due precedenti.

b. continuità funzionale dei poteri organizzati della Comunità e dell'Unione. Allo stesso modo si comprende come l'art. IV-438 abbia, poi, pre-

³² Sul punto appaiono interessanti le riflessioni di L. S. ROSSI, *Il "paradosso del metodo intergovernativo". L'equilibrio istituzionale nel Progetto di Trattato-Costituzione*, in ID., *Il Progetto di Trattato-Costituzione*, cit. supra, nota 20, p. 141 ss. Inoltre, v. E. CANNIZZARO, *La fusione di "pilastri": politica estera e politiche materiali nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1068 ss.

³³ In tale senso critico, cfr. A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, Giappichelli, 2004, in part. p. 30 ss., che aderisce al filone dottrinale (ARANGIO-RUIZ - QUADRI) secondo il quale «la personalità giuridica (...), anche per le organizzazioni internazionali, (...) deriva dal diritto internazionale generale in seguito all'acquisto di una posizione di relativa indipendenza che garantisca la conduzione di rapporti paritari con altri soggetti (...); (...) l'eventuale disposizione pattizia non può rivestire (...) che il valore di un indizio della personalità, ricostruibile solo grazie ad altri elementi da cui risulti la partecipazione (...) alla vita di relazione internazionale».

visto, al par. 2, la continuità funzionale «delle istituzioni, organi e organismi esistenti alla data di entrata in vigore del Trattato costituzionale che proseguono (nella loro composizione) nell'esercizio delle competenze loro conferite, finché non vengano adottate nuove disposizioni o fino alla scadenza del loro mandato». L'art. IV-438 fa salvo il contenuto del successivo art. IV-439 sulle «disposizioni transitorie relative a talune istituzioni», previste nell'apposito Protocollo (n. 34) che si preoccupa di prospettare la composizione ed il numero dei rappresentanti del Parlamento europeo, la ponderazione dei voti per il raggiungimento della maggioranza qualificata in seno al Consiglio europeo ed al Consiglio dei ministri, il numero dei membri della Commissione e del Comitato delle regioni. Trattasi di disposizioni previste a garanzia della continuità dell'organizzazione dei poteri della Comunità e dell'Unione, tali da assicurare, nel passaggio tra diritto *pre-* e *post-*vigente, la conservazione dell'equilibrio istituzionale generale³⁴.

c. continuità materiale e sostanziale degli atti normativi pregressi già emanati. Nello stesso senso, il par. 3 dell'art. IV-438 ha stabilito la continuità normativa degli «atti delle istituzioni, organi ed organismi, i cui effetti sono mantenuti finché non saranno abrogati, annullati o modificati». Anche in tal caso sorgono dubbi sulla circostanza che gli atti derivati sopravvivano e continuino a produrre effetti giuridici, nonostante siano abrogati i trattati o norme primarie da cui gli stessi traevano e traggono la loro legittimazione. Così come non è del tutto intelligibile l'articolo nella parte in cui sancisce che tali atti «(...) vengono mantenuti finché non saranno abrogati, annullati o modificati»³⁵.

A ben vedere, non si esclude che tale disciplina sia il frutto di quell'idea di continuità per la quale i Trattati precedenti continuano a vivere nell'unico Trattato costituzionale. La continuità appare, pertanto, come quell'aspetto della successione che costituisce un correttivo al principio della *tabula rasa*³⁶,

³⁴ Trattasi di questioni istituzionali già presenti nei Trattati precedenti in quanto connesse al carattere aperto dell'Unione (art. 49 TUE o art. I-1, par. 2, del Trattato costituzionale) che, ampliandosi ad ulteriori Stati, ha comportato la determinazione di una nuova ponderazione di voti e di calcolo della maggioranza con la previsione di regimi transitori (v. Protocollo sull'allargamento dell'Unione europea allegato al Trattato di Nizza).

³⁵ Le perplessità nascono dal fatto che la norma in questione coniuga indistintamente l'abrogazione, l'annullamento e la modifica, laddove l'annullamento è tipico degli atti amministrativi.

³⁶ La bibliografia sul Trattato costituzionale sta assumendo dimensioni più che notevoli nel passaggio dal Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (Progetto della Convenzione del 18 luglio 2003) all'attuale Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Sul primo testo sia consentito rinviare al nostro precedente scritto nel quale già si individua una critica al Progetto della Convenzione nella sua pretesa di aver scritto un testo onnivale ed esaustivo (*Treaty-Constitution*) facendo *tabula rasa* della Costituzione previgente dell'Unione europea. T. RUSSO, "Treaty-Constitution e Custom-Constitution" nell'Unione europea, in questa *Rivista*, 2003, p. 791 ss. Lo sviluppo successivo ha dimostrato come una Costituzione per l'Europa debba essere intesa come un atto singolo atto-documento, ma anche, in senso lato, come costellazione di norme in quanto presupposte o collegate e, comunque, recettizie del diritto pre-vigente. Più di recente, v. F. NELLI FEROCI, *L'Unione europea e il Trattato costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 641 ss.; F. BASSANINI - G. TIBERI, *Una costituzione per l'Europa: dalla Convenzione alla Conferenza Intergovernativa*, Bologna, Il Mulino, 2003 e A. VON BOGDANDY, *The European Con-*

tale da garantire la permanenza o persistenza del patrimonio costituzionale comunitario-unionistico dal vecchio al nuovo regime. Altrimenti l'abrogazione dei Trattati istitutivi avrebbe comportato la cancellazione di tutta la normativa che su gli stessi si è fondata nel corso di mezzo secolo e su gli stessi si è stratificata³⁷.

d. continuità inter-istituzionale e della PESC-PESD. Alquanto singolare appare, inoltre, la seconda parte del par. 3 sulla continuità di alcuni *speciali* elementi del vecchio *acquis* comunitario e dell'Unione con una lista esplicativa di atti «(...) anch'essi mantenuti finché non saranno soppressi o modificati». Concorrono ad ampliare la categoria del *common core* o *hard core* del diritto comunitario-unionistico: «gli accordi interistituzionali, le decisioni e gli accordi adottati dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, gli accordi conclusi dagli Stati membri relativi al funzionamento dell'Unione o della Comunità o connessi alla sfera di attività delle stesse, le dichiarazioni, comprese quelle effettuate nel quadro di conferenze intergovernative, le risoluzioni o altre posizioni adottate dal Consiglio europeo o dal Consiglio, nonché quelle relative all'Unione o alla Comunità adottate di comune accordo dagli Stati membri». Tale ampia categoria di atti, che in prima analisi sembra avere una collocazione casuale, nasconde, invece, la precisa idea della prosecuzione del diritto unionistico europeo d'alto livello politico (Consiglio europeo, Conferenza intergovernativa) nonché di tutto il blocco della PESC-PESD. Appare, quindi, chiara la volontà di conservare gli effetti giuridici di atti non soltanto atipici³⁸ (accordi interistituzionali, dichiarazioni, risoluzioni), ma anche di atti propri della cooperazione "politica" e intergovernativa (v. *infra*, par. 7).

e. continuità giurisprudenziale. Oltre alla continuità degli organi e degli atti, il successivo par. 4 dell'art. IV-438 formalizza il c.d. *acquis* giurisprudenziale della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado sull'interpretazione e applicazione dei trattati e atti abrogati dall'art. IV-437, così come degli atti e convenzioni adottati per la loro applicazione. Esso resta, *mutatis mutandis*, la fonte d'interpretazione del diritto del-

stitution and European identity, New York, NYU School of Law, 2004.

³⁷ È fuori discussione che la Commissione ed il Consiglio dei Ministri, riconosciuti nel loro ruolo essenziale di iniziatori e conclusori della procedura legislativa, mal avrebbero tollerato un vuoto normativo sul quale costruire la nuova legislazione e i relativi atti di esecuzione regolamentare ed amministrativa (v. art. I-33 ss. sulla nuova nomenclatura degli atti giuridici dell'Unione).

³⁸ Sulla definizione dei c.d. atti atipici o esterni al quadro normativo comunitario sia consentito rinviare alla più recente manualistica italiana in materia: L. FERRARI BRAVO - E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004; T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2004; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea: verso una Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005.

l'Unione e, in particolare, delle disposizioni analoghe della Costituzione. Si evidenzia, così, il ruolo dello *stare decisis* e della *potestas interpretandi* dei due organi giurisdizionali dell'Unione, quale fonti di integrazione del diritto comunitario-unionistico³⁹. Resta, in ogni caso, la circostanza che tale funzione integrativa riguarda non solo il diritto pregresso su cui si è consolidata l'attività decisionale ed interpretativa, ma anche e soprattutto le disposizioni della Costituzione, sia pur corrispondenti, quasi nel senso di un'estensione analogica a casi e materie simili. Risulta, quindi, ulteriormente confermata l'idea della recezione e della necessaria salvaguardia anche del patrimonio giurisprudenziale come componente indispensabile dell'eredità dell'Unione.

f. continuità amministrativa e procedurale. Infine, a chiudere il complesso art. IV-438 è il par. 5 più propriamente dedicato alla continuità del c.d. «diritto pendente» e cioè delle procedure amministrative e giurisdizionali ancora in corso alla data di entrata in vigore del Trattato costituzionale.

5. Costituzione-atto (*Treaty-Constitution*) e Costituzione-fatto (*Custom-Constitution*)

Il rapporto fin qui evidenziato tra innovazione-recezione, che assicura la continuità del diritto comunitario-unionistico, consente di sviluppare e proseguire su basi più solide il discorso sulla duplice natura della Costituzione europea come atto normativo (*Treaty-Constitution*) e come fatto normativo (*Custom-Constitution*). Trattasi di un discorso ben noto ai costituzionalisti che, nello studio delle Costituzioni nazionali, hanno già da tempo distinto il concetto di Costituzione formale da quella materiale, e di Costituzione scritta da quella consuetudinaria⁴⁰. Nel primo senso si individua, accanto al testo che racchiude le norme costituzionali, un nucleo essenziale di valori e di fini sot-

³⁹ La funzione integratrice della giurisprudenza europea è una costante della teoria dell'integrazione fra Stati. Essa ha radici molto più antiche fra i sostenitori della codificazione scritta e della consuetudine normativa fin dagli inizi del XIX secolo. In tale classico dibattito si ricorda la storica dialettica tra THIBAUT e SAVIGNY di cui si dà conto nella opera monografica di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987. Fuori del continente europeo nell'ottica della c.d. *western international legal tradition*, si vedano le riflessioni di A. DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Torino, Giappichelli, 2004. In ordine, poi, alla funzione integratrice della Corte di giustizia per «(...) the intellectual strength of its comparative methods (...)», v. T. KOOPMANS, *The birth of European Law at the crossroads of legal tradition*, *AJCL*, n. 3, 1991, p. 493 ss. e G. JACOBS, *The evolution of the European legal*, *cit. supra*, nota 28 che parla di «interaction of case law, legislation and Treaty amendment». V. inoltre, G. GARRETT, *The European Court of Justice, national governments, and legal integration in the European Union*, *IO*, p. 149 ss.; F. MAYER, *The European Constitution and courts*, New York, NYU School of Law, 2003 e G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004.

⁴⁰ Sul punto sia consentito richiamare il pensiero di C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998. Inoltre, cfr. A. CATELANI - S. LABRIOLA, *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001.

tesi all'ordine normativo che si esprime nel suo continuo divenire quale "diritto vivente". Nel secondo senso, si indica accanto al documento normativo in cui sono consacrati principi ed istituti fondamentali, un complesso di consuetudini formatesi nel corso del lento evolvere del tempo, nonché di singole convenzioni in materia costituzionale non sempre cristallizzate in un unico testo.

In un certo modo, la Costituzione europea rappresenta la sintesi delle due prospettive in quanto documento normativo (*Treaty-Constitution*) informato ai principi e valori comuni ed integrato dalle tradizioni costituzionali e prassi nazionali, sia individuali, sia collettive degli Stati membri, maturate anche all'interno dell'esperienza unionistica delle relazioni interne ed esterne (*Custom-Constitution*)⁴¹. Non si vuole in alcun modo negare che il diritto comunitario-unionistico sia un diritto che trova la sua genesi nei trattati istitutivi⁴², ma è pur vero che esso è lo specchio del suo diritto vivente ed operante, anche e soprattutto nella pluralità di Stati (e loro "articolazioni" territoriali) e di popoli che ne fanno parte⁴³. Esso coniuga al suo interno la componente volontaristica, con quella "spontaneistica" e collettiva dei valori condivisi della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto quali valori comuni agli Stati membri (art. I-2). Questi traducono il continuo assetto dinamico di una costruzione normativa che non si irrigidisce nella "lettera" del testo, ma "vive" auto-integrandosi (consolidamento dell'*acquis*, interpretazione giurisprudenziale, protocolli e dichiarazioni alleggate, spiegazioni dei *Praesidia* alla Carta dei diritti fondamentali) ed etero-integrandosi (rimando ai sistemi giuridici ed alle Costituzioni nazionali).

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 29 ottobre 2004

⁴¹ Sull'idea di un *droit constitutionnel européen commun* che deriva dal rapporto osmotico con il diritto costituzionale degli Stati membri in quanto «(...) amplifient la flexibilité, d'une part, et renforcent le poids des éléments rigides communs d'autre part (...)», v. R. BIEBER, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, RMCUE, 1993, p. 343 ss. Ed inoltre, J. F. FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen?*, RUDH, 1995, p. 357 ss.; U. BATTIS - TH. TSATSOS - D. STEFANOÛ, *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995; A. ALBI - P. VAN ELSUWEGE, *The EU Constitution, national constitutions and sovereignty*, ELR, 2004, p. 741 ss.; P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004 e S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 95 ss. Per un'analisi dei fondamenti di tale diritto, v. il recente, I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004.

⁴² Come si è tentato più volte di evidenziare la cornice di diritto internazionale in cui si ascrivono i Trattati comunitari-unionistici non è di ostacolo alla scelta di predisporre un trattato in materia costituzionale o con un contenuto costituzionale. In tal senso, B. DE WITTE, *Il processo semi-permanente*, cit. supra, nota 8, che addirittura definisce i trattati internazionali come il principale veicolo per una *practical constitution-building*, una costituzionalizzazione *de facto* in Europa.

⁴³ Sul contributo della società civile alla *governance* o "buon governo", cfr., tra gli altri, F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa Rivista, 2001, p. 651 ss. e, più in generale, con riferimento alle Regioni, v. P. BILANCIA - F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004, in part. p. 181 ss.

rispecchia tale ambivalenza nel momento stesso in cui associa i due termini Trattato-Costituzione nell'intento di realizzare un sistema "unico" di coesistenza organica e normativa. In tal senso, sia i diversi elementi costitutivi degli Stati nazionali (popolo, territorio, sovranità), sia le loro fonti giuridiche traducono la compresenza e la cointeressenza del sistema giuridico euro-nazionale. Trova, pertanto, conferma l'idea di un testo normativo unico come sintesi o schematizzazione di una pluralità di disposizioni non solo giuridiche (comunitarie-unionistiche, nazionali, locali), ma anche meta-giuridiche (principi generali, valori comuni)⁴⁴ in un continuo rapporto integrativo. D'altronde, sarebbe un errore confondere il momento originario costitutivo (*Treaty-Constitution*) con il successivo processo di razionalizzazione condotto attraverso la scansione logico-temporale di un procedimento di revisione pervenuto all'ulteriore e non ultima fase di evoluzione "consuetudinaria" (*Custom-Constitution*).

6. Diversi aspetti innovativi della revisione

Venendo adesso ai diversi aspetti innovativi ovvero ai rami prodotti sull'albero della espletata revisione, questi possono essere indicati come segue: alcuni di essi, successione-abrogazione e successione-sopravvivenza, più propriamente evidenziano i termini dialettici del rapporto tra diritto *pre-* e *post-*vigente, tipico della successione delle norme nel tempo; gli altri, successione-salvaguardia e successione-auto-interpretazione, si pongono quali nuovi aspetti o prodotti della revisione secondo la medesima angolazione di integrazione sostanziale.

a. Successione come sostituzione abrogativa (art. IV-437)

Sotto un primo profilo, ritorna l'art. IV-437, che pone il Trattato costituzionale in posizione di rottura con i Trattati anteriori, laddove sancisce, come già detto, che «il presente trattato che adotta una Costituzione per l'Europa abroga il trattato che istituisce la Comunità europea e il trattato sull'Unione europea (...) *nonché* (...) gli atti e i trattati che li hanno completati o modificati». Tale articolo recepisce il già evidenziato principio, contenuto anche nel Progetto di Trattato – seppure in forma più ridotta⁴⁵ –, della c.d. *tabula rasa*

⁴⁴ Cfr. K. LENAERTS, *"In the Union we trust": trust-enhancing principles of Community Law*, *CMLR*, 2004, p. 317 ss. ed ancora M. C. CICIRIELLO, *La Comunità europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004; M. MARESCA, *Valori e principi nella Costituzione europea. Il diritto di mobilità*, Bologna, Il Mulino, 2004.

⁴⁵ A parte i processi revisionali già esauriti nel passato, risulta oltremodo significativo che l'appena trascorsa fase di revisione "in senso costituzionale" sia stata caratterizzata da un passaggio

dei Trattati precedenti con conseguente sostituzione abrogativa del Trattato costituzionale ai Trattati comunitari-unionistici. Occorre sottolineare la natura totale dell'abrogazione dei Trattati precedenti, caducati come tali in tutti i loro effetti normativi. Così non era, come si è già detto, per le revisioni dei Trattati anteriori, sia quelli comunitari, sia quelli unionistici, rimasti tutti in piedi fin dalle loro origini con modifiche ed integrazioni parziali. Costatare la natura limitata di tali revisioni precedenti è abbastanza facile se si considera che i Trattati comunitari, ovvero istitutivi, avevano subito, nel corso del tempo, adattamenti ed ampliamenti ridotti, in modo particolare grazie ai successivi Trattati unionistici.

Tuttavia, l'intento forse di segnare il "punto di non ritorno" nelle mire della Convenzione ha dovuto scontrarsi con il nucleo duro di un ordinamento normativo e consuetudinario formatosi attraverso il suo consolidamento nell'arco temporale di cinquanta anni. Ciò ha costretto a fare dei passi indietro recuperando alcuni "pezzi" forse troppo frettolosamente abbandonati. Ed infatti, una simile soluzione di frattura con il passato, per quanto sospinta da una *constitutional progress evolution*⁴⁶, non poteva giungere sino a cancellare un costruito comunitario-unionistico frutto della sedimentazione e stratificazione dei testi istitutivi, integrativi e modificativi. Non era possibile recidere qualsiasi legame con una *constitutional base* che affonda le sue radici nell'origine stessa delle Comunità, investendo ormai tutto quanto assimilato come "patrimonio comunitario-unionistico".

di "testimone" Convenzione-Conferenza che ha, a sua volta, determinato la necessità di dar luogo ad "adattamenti" del testo. In particolare - in ordine ai profili che più da vicino interessano la presente indagine -, il Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004 ha ampliato il testo degli artt. IV-437 e IV-438. La scelta effettuata dal Progetto di Trattato del 18 luglio 2003 è risultata, infatti, particolarmente riduttiva dato il ristretto contenuto dei due articoli richiamati che, invece, nel Trattato di Roma hanno acquistato un respiro più ampio. Laddove l'ex art. IV-2 del Progetto di Trattato si limitava a statuire l'abrogazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e il trattato sull'Unione europea, nonché degli atti che li hanno completati e modificati, l'attuale art. IV-437 ricomprende anche l'abrogazione dei Trattati di adesione, che, tuttavia, sotto certi aspetti, restano in vigore e continuano a produrre effetti giuridici conformemente al relativo Protocollo. Anche il successivo art. IV-438 (ex art. IV-3) risulta notevolmente ampliato con la previsione di una più estesa serie di atti che continuano a produrre effetti giuridici.

⁴⁶ Con tale definizione si intende far riferimento a quel filone dottrinale che guarda al processo di costituzionalizzazione come presa di coscienza di un substrato costituzionale nelle decisioni della Corte di Giustizia. Senza voler negare il ruolo determinante di tale istituzione, resta il fatto che trattasi di un processo a più ampio respiro che trova anche negli organi tipici della cooperazione (Consiglio europeo, Conferenza intergovernativa) una spinta verso l'evoluzione del diritto comunitario-unionistico. Tale prospettiva risulta confermata dallo stesso art. IV-438 laddove prevede la prosecuzione degli atti del Consiglio europeo e delle Conferenze intergovernative. Sul punto, v. M. PANEBIANCO, *Cooperazione politica* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, vol. IX, 1988.

b. *Successione come sopravvivenza transitoria del diritto precedente (art. IV-438)*

Non meraviglia, pertanto, che il Trattato costituzionale abbia, poi, previsto – con una formulazione ben più ampia di quella contenuta nel Progetto di Trattato –, la già evidenziata continuità giuridica degli atti e delle istituzioni (v. *supra*, par. 4) come prosecuzione tra *vetus* e *novum ius*. In questo senso, l'art. IV-438 inquadra i termini normativi della sopravvivenza transitoria del diritto precedente, che continua a produrre effetti giuridici finché e sempre che non venga soppresso. Nulla toglie che esso continui a "vivere" (o che non venga mai abrogato) nel testo del Trattato costituzionale che rimane fedele alle "conquiste" già effettuate nei Trattati di Roma, Lussemburgo, Maastricht, Amsterdam e Nizza. Invero, il nuovo sistema giuridico unionistico non stravolge più di tanto l'ordine preesistente se non per la novellata sistematica (unico Trattato in quattro parti, oltre Protocolli e dichiarazioni) e la formulazione terminologica che chiarisce ed uniforma non sempre innovando. Resta pur sempre la necessità di ancorare ad una disposizione normativa la disciplina di una fase di transizione o di passaggio che in quanto tale vuole essere a garanzia della certezza del diritto.

c. *Successione come salvaguardia di protocolli e dichiarazioni allegati al testo del Trattato*

Ulteriore aspetto di non poco rilievo appare l'Atto finale del Trattato costituzionale che conferma la molteplicità dei testi che concorrono a definire il sistema giuridico inaugurato con la firma del 29 ottobre 2004. Più propriamente, l'Atto richiamato specifica il ruolo della Conferenza dei Rappresentanti degli Stati membri, riunita a Bruxelles il 30 settembre 2003, nell'adozione non solo del Trattato costituzionale, ma anche di una lista di testi riassumibile in 36 Protocolli e 50 Dichiarazioni (oltre 2 Allegati) posti come cornice normativa di chiusura del sistema. Si evidenzia, così, la natura "pluri- o multi-testuale" del nuovo Trattato di Roma che non si esaurisce nella suddivisione in quattro Parti, ma va letto in combinato disposto con tali ulteriori atti di completamento del testo principale che si amplia e si estende alle disposizioni ivi contenute. In particolare, ai Protocolli⁴⁷ riguardanti materie che già

⁴⁷ I Protocolli già allegati al Trattato di Nizza sono stati, infatti, oggetto di modificazioni. In particolare si segnala il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che ha introdotto un meccanismo di controllo politico *ex antea* (*early warning*) da parte dei parlamenti degli Stati membri, a cui si affianca il controllo *ex post* della Corte di giustizia e la possibilità per il Comitato delle Regioni di presentare ricorso per violazione del principio di sussidiarietà contro quegli atti, per l'adozione dei quali ne è richiesta la consultazione, e il Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali che introduce obblighi di informazione e misure di trasparenza per garantire la loro funzione di controllo.

risultavano oggetto di "disciplina protocollare" nei Trattati anteriori, – peraltro recepiti e, sotto certi aspetti, innovati – (Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali, sul principio di sussidiarietà e di proporzionalità, sullo statuto della Corte di giustizia, ecc.) si affianca ora una serie aggiuntiva di Protocolli e Dichiarazioni, su specifici articoli contenuti nel testo del Trattato costituzionale ed aventi carattere esplicativo o integrativo⁴⁸.

d. Successione come auto-interpretazione della Carta dei diritti fondamentali (Dichiarazione n. 12)

Come nuovo profilo del procedimento di revisione si segnala, altresì, la peculiarità di una recezione materiale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000) entrata a far parte *tel quel* del Trattato costituzionale⁴⁹. Nella Parte II di tale Trattato viene riprodotto, praticamente con poche modifiche finali, sia il testo del Preambolo, sia il contesto dei 53 articoli della Carta medesima. Ancora più peculiare appare la recezione, in un'apposita Dichiarazione (Dichiarazione n. 12), delle "spiegazioni" elaborate dal *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta ed aggiornate sotto la responsabilità del *Praesidium* della Convenzione europea per l'interpretazione successiva da parte dei giudici comunitari e dei giudici nazionali secondo un criterio di doverosità («tengono nel debito conto») e di orientamento finalistico (art. II-113, par. 7). Pur non avendo *status* di legge, le spiegazioni rilevano «quale strumento di interpretazione⁵⁰ destinato a chiarire le disposizioni della Carta». In questo senso, appare chiaro il carattere innovativo della Dichiarazione n. 12 che funge da fonte di auto-interpretazione rispetto alle disposizioni della Parte II del Trattato costituzionale in un rapporto di rinvio o rimando *intra-* ed *iper-*testuale.

⁴⁸ Trattasi di una "pratica" non nuova dei Trattati comunitari-unionistici che, tuttavia, in tale fase di *rassemblement* generale ha assunto dimensioni più vaste.

⁴⁹ Cfr., I. PERNICE, *Integrating the Charter of fundamental Rights into the Constitution of the European Union*, in *The Columbia Journal of European law*, 2003, p. 5 ss.; F. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 175 ss. e U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 73 ss.

⁵⁰ Non è possibile sottacere le divergenze manifestatesi in sede di Conferenza intergovernativa sulla funzione di "orientamento" interpretativo delle spiegazioni che secondo alcuni avrebbero ingessato inutilmente le disposizioni della Carta e la storicità dei diritti immobilizzando il ruolo dinamico dei giudici nell'interpretazione. Come è noto, l'inserimento delle spiegazioni è avvenuto su pressione britannica per la necessità di evitare che le proprie Corti procedessero ad interpretazioni estensive della Carta.

7. Continuità e revisione degli atti normativi atipici istituzionali e della PESC-PESD

Da ultimo, il principio della conservazione degli atti giuridici comunitari-unionistici previgenti si è esteso, ai sensi dell'art. IV-438, a quello specialissimo settore della direzione "inter-istituzionale" ed "inter-nazionale" dell'Unione già indicato in precedenza (v. *supra*, par. 4). Tanto risulta dalla lunga e dettagliata elencazione operata nella seconda parte del par. 3 della stessa disposizione sopra indicata⁵¹. Ne consegue, per evidenti ragioni di continuità istituzionale e di immagine internazionale dell'Unione europea, una revisione del tutto peculiare tendente a non modificare gli equilibri istituzionali consolidati e le relazioni euro-internazionali con Stati terzi, gruppi di Stati ed organizzazioni internazionali.

Le parti salvaguardate dello *ius vetus* sono quelle attualmente ricomprese nella disciplina degli organi e delle istituzioni e della politica estera, cioè più propriamente riguardanti le relazioni interne alle istituzioni, nonché le relazioni e l'azione esterna dell'Unione⁵². In sostanza, tale elencazione di atti vuole essere il fattore riequilibratore rispetto alle innovazioni più consistenti introdotte dallo *ius novum* che, in ogni caso, non poteva minare i precedenti assetti istituzionali⁵³; né era immaginabile che fossero caducati gli atti e gli accordi conclusi con controparti estranee alla cerchia degli Stati membri che si sarebbero trovate a subire gli effetti riflessi di una simile situazione.

Tutto questo spiegherebbe anche la dicitura quasi frettolosa di questa lista di atti che, invece, svolge, nell'attuale fase di transizione, un'importante funzione di raccordo tra equilibrio interno e proiezione esterna dell'Unione. Non è un caso, d'altronde, come già evidenziato, che il successivo art. IV-439 riguardi le disposizioni transitorie relative a talune istituzioni ed organi del-

⁵¹ Solo per consentire un esame contestuale di tali atti si ripete la dicitura dell'art. IV-438, par. 3, già illustrata in precedenza: «(...) gli accordi interistituzionali, le decisioni e gli accordi adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, gli accordi conclusi dagli Stati membri relativi al funzionamento dell'Unione o della Comunità o connessi alla sfera di attività delle stesse, le dichiarazioni, comprese quelle effettuate nel quadro di conferenze intergovernative, le risoluzioni o altre posizioni adottate dal Consiglio europeo o dal Consiglio, nonché quelle relative all'Unione o alla Comunità adottate di comune accordo dagli Stati membri». In particolare, con riferimento agli atti interistituzionali sia consentito rinviare, per tutti, a T. DEBARD, *Textes interinstitutionnels, constitutionnalisation et révision des traités*, in UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON - FACULTÉ DE DROIT CENTRE D'ÉTUDES EUROPÉENNES, *Les procédures de révision des traités communautaires*, cit. *supra*, nota 14.

⁵² In una prospettiva più ampia, cfr. E. CANNIZZARO, *The European Union as an actor in International Relations*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2002 e G. BONVICINI - G. L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, Giappichelli, 2003. Mentre con riferimento al Progetto di Trattato, v. U. DRAETTA, *L'azione esterna dell'Unione nel Progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 267 ss.

⁵³ Sulle riforme istituzionali introdotte dal Progetto di Trattato, v., tra gli altri, L. ORTEGA, *The institutional reform in the draft treaty of the European Constitution*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 1195 ss.

l'Unione. Resta, allora, da verificare come e quanto muta il complessivo equilibrio interno-esterno dell'Unione ed in che modo le modifiche istituzionali o "interistituzionali" incidono sul suo funzionamento *ab intra* ed *ab extra* in termini di efficacia, democraticità ed affermata nuova personalità internazionale dell'Unione.

Un altro profilo concerne la definizione della durata del periodo transitorio e, viceversa, dell'inizio del periodo definitivo; tale durata resta del tutto indeterminata essendo definito solo il *dies a quo*, coincidente con l'entrata in vigore della Costituzione, ma non quello *ad quem* a partire dal quale lo *ius vetus* diverrà non vigente. Tale scelta appartiene al pentagono istituzionale a competenza politica generale (Consiglio europeo), a competenza legislativa (Parlamento europeo e Consiglio dei Ministri), nonché ai titolari della rappresentanza esterna (presidente del Consiglio europeo, Ministro degli esteri e Presidente della Commissione).

In tal senso, la ricomposizione del quadro istituzionale, attraverso l'inserimento del Consiglio europeo, appare il primo passo in avanti verso una "compatezza sistemica" che tende alla simmetria istituzionale anche nel dialogo politico dell'Unione. L'introduzione ufficiale del Consiglio europeo ha segnato, infatti, il collante degli orientamenti e delle priorità politiche generali con il piano completo degli obiettivi interni-esterni dell'Unione in cui si ascrive la rigorosa osservanza e lo sviluppo del diritto internazionale (art. I-3). D'altronde, le scelte effettuate in sede di revisione con la previsione di organi individuali quali il Presidente del Consiglio europeo ed il Ministro degli affari esteri dell'Unione confermano le tendenze di coordinamento verticistico non solo e non più *intra-*, ma anche *extra-spazio* giuridico europeo⁵⁴.

Allo stesso tempo, l'impiego di una terminologia unica per tutti gli atti giuridici dell'Unione⁵⁵, nonché per le procedure decisionali, rappresenta un'ulteriore conferma della spinta verso la ricomposizione del sistema comu-

⁵⁴ Come si sa, l'accordo sul c.d. "pacchetto istituzionale" - ed in particolare sul ruolo del Presidente del Consiglio europeo, sulla composizione della Commissione e sul Ministro degli affari esteri, sulla presidenza dei Consigli e sul ruolo del Parlamento europeo e della soglia minima dei parlamentari europei - è risultato il più difficile ed il più controverso a causa della dialettica tra "grandi" e "piccoli" Stati e tra tendenze "integrazioniste" e "sovraniste". In particolare, in ordine alla figura del Presidente del Consiglio europeo, della durata di due anni e mezzo, per attenuare le paure dei Paesi medio-piccoli, che paventavano la creazione di una figura antagonista al Presidente della Commissione, ne sono stati accuratamente descritti i poteri (art. I-22) in modo da chiarire che trattasi di un *primus inter pares* tenuto ad assicurare la continuità e la coerenza di azione del Consiglio europeo. Inoltre, la previsione della nuova figura del Ministro degli affari esteri dell'Unione con una funzione c.d. a «doppio cappello» di guida della PESC-PESD come mandatario del Consiglio e di vicepresidente della Commissione nelle responsabilità che incombono su tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione, nonché di presidente del Consiglio affari esteri, mira ad assicurare la coerenza di tutti gli aspetti dell'azione esterna dell'Unione (art. I-28).

⁵⁵ Per un'analisi recente e puntuale del sistema delle fonti, si rinvia a P. D'ELIA, *Il sistema delle fonti del diritto nel progetto di trattato costituzionale dell'Unione europea*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 317-332.

nitario-unionistico. Ed infatti, il Trattato costituzionale sostituisce gli atti propri della PESC-PESD («strategie comuni», «azioni comuni» e «posizioni comuni») con le sole decisioni europee. Esse, tuttavia, conservano le precedenti specificità procedurali con il mantenimento della regola generale dell'unanimità, pur se mitigata dalle previsioni dell'art. III-300 che, ai par. 2 e 3, prevede una serie di ipotesi derogatorie di deliberazione a maggioranza qualificata.

È, quindi, possibile cogliere, in tale "ri-combinazione di sistema", lo sforzo diretto all'unificazione del quadro istituzionale e normativo anche attraverso una rete di collegamenti inter-istituzionali, garantiti ora dall'estensione del principio di leale cooperazione (art. I-19, par. 2); infatti, il "pentagono" delineatosi nel Trattato costituzionale (art. I-19) ha fortificato un sistema di interconnessione che, seppur già presente, si amplia e si rimodula nello sforzo di garantire la coerenza dell'azione interna ed esterna dell'Unione.

Tirando sommariamente un bilancio delle modifiche istituzionali, in particolare si segnalano alcuni mutamenti di direzione. Trova conferma l'esigenza di una progressivamente maggiore democraticità del sistema, attraverso il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo che esce notevolmente fortificato sul piano del dialogo interistituzionale, attraverso un suo più inteso coinvolgimento nella dimensione interno-esterna dell'Unione⁵⁶. Conferma che, tra l'altro, si traduce nell'estensione anche alla materia della difesa dell'obbligo di consultazione del Parlamento europeo (art. I-41, par. 8), attualmente previsto solo per il più generale ambito della politica estera e di sicurezza comune, di cui all'art. 21 TUE. Viceversa, si segnala il ruolo assegnato alla Corte di giustizia come guardiano della legittimità comunitaria nella fase di transizione dal vecchio al nuovo regime *pre-* e *post-*costituzionale. Invero, mentre in passato si parlava di un ruolo rivoluzionario della Corte di giustizia ai fini dell'interpretazione evolutiva del diritto previgente, adesso essa sembrerebbe ricoprire un ruolo "frenante" di interpretazione "bilanciata" mirante ad assicurare un'armoniosa coesistenza del vecchio e del nuovo ordinamento da realizzarsi mediante gli strumenti a sua disposizione (v. il già citato par. 4 dell'art. IV-438). Inoltre, proprio perché la Commissione europea ed il Consiglio dei ministri⁵⁷ hanno registrato, rispettivamente, la prima uno "snelli-

⁵⁶ Il Parlamento europeo è, probabilmente, l'istituzione che esce maggiormente rafforzata dal Trattato costituzionale attraverso: 1. la generalizzazione della procedura legislativa ordinaria anche nelle materie relative all'area di libertà, sicurezza e giustizia, della politica agricola e della politica commerciale; 2. il rafforzamento del legame "fiduciario" con la Commissione attraverso l'elezione del Presidente; 3. la previsione di un controllo sugli atti delegati (art. I-36); 4. il rafforzamento del suo ruolo nella nuova procedura di bilancio. Rinviata è, tuttavia, la decisione del Consiglio europeo sulla definizione della composizione del Parlamento europeo (in vista delle elezioni del 2009) che dovrà essere conforme ad alcuni parametri contenuti nell'art. I-20, par. 2: *a.* principio della "proporzionalità degressiva"; *b.* numero massimo di parlamentari 750; *c.* numero minimo di seggi 6 e massimo 96 per Stato membro.

⁵⁷ Entrambe le istituzioni hanno, inoltre, subito un rafforzamento della rappresentatività dell'organo apicale, attraverso, nel primo caso, l'elezione del candidato alla Presidenza della Commissione da parte del Parlamento europeo e, nel secondo caso, attraverso la predisposizione di un siste-

mento" della sua consistenza ed il secondo un miglioramento della capacità decisionale con il perfezionamento della procedura a maggioranza qualificata⁵⁸ (art. I-25), possono favorire la progressione verso i nuovi valori ed obiettivi assegnati.

Pertanto, senza alcuna pretesa di completezza dell'indagine sui mutamenti delle istituzioni e nei rapporti tra le stesse, il quadro finora delineato evidenzia il "ribilanciamento degli equilibri" del sistema comunitario-unionistico operato dal Trattato costituzionale. Come è ovvio, il suo funzionamento sarà oggetto di verifica nel momento stesso della piena operabilità, anche in considerazione delle disposizioni transitorie relative al sistema istituzionale. Tuttavia, nulla toglie che esso costituisca un importante passo avanti nel processo di "costruzione" europea che, in una fase di trasformazione dell'ordine giuridico internazionale, si è trovata a ridisegnare le trame della sua struttura nel contesto di una nuova configurazione generale.

8. Finali aspetti organizzativi: Convenzione e Conferenza intergovernativa

Altra classica *quaestio* da sviluppare ed esaminare nell'ottica della revisione è quella concernente i poteri condivisi tra i due organi revisori: Convenzione e Conferenza intergovernativa. Per riprendere il linguaggio caro ai costituzionalisti, chi è stato e risulta ancora destinato ad essere il "padrone della Costituzione" in quanto titolare o contitolare della *potestas revisionandi*? La risposta è e può essere favorevole ad un "condominio" legislativo o ad un regime misto o addirittura ad un "co-imperio" costituzionale. In tal senso, non esisterebbe un'unica competenza delle competenze (*Kompetenz-Kompetenz*), ma un ordine delle competenze in conformità al Trattato costituzionale. Altra opinione propria degli internazionalisti tende a qualificare l'operato della Convenzione nell'ottica dell'attività meramente propositiva di un testo negoziale la cui adozione restava totalmente libera e impregiudicata da parte della successiva Conferenza intergovernativa, che, in realtà, ne ha disposto a suo piacimento mutandone addirittura l'ispirazione fondamentale nel senso indicato innovativo-recezionistico⁵⁹.

ma di *team-presidency*, specificato nella Dichiarazione n. 4 relativa all'art. I-24, par. 7 che istituzionalizza un meccanismo simile alla "troika".

⁵⁸ Trattasi di un meccanismo di voto da verificare in concreto, ma che, tra numerose difficoltà e con qualche sfumatura rispetto alle previsioni, consentirà di collegare le deliberazioni direttamente alle due "fonti di legittimazione" dell'Unione: Stati membri e cittadini europei (art. I-1).

⁵⁹ Sul ruolo e la funzione della Convenzione sia consentito richiamare: M. CARTABIA, *Riflessioni sulla Convenzione europea come se si trattasse di un processo costituente*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 439 ss.; G. AMATO, *La Convenzione europea. Primi approdi e dilemmi aperti*, *ivi*, p. 449 ss.; N. VEROLA, *Osservazioni preliminari sul metodo della Convenzione*, in A. LUCARELLI - A.

Invero, sia la Convenzione, sia la Conferenza hanno trovato la loro "Carta regolatrice" in un atto del Consiglio europeo, denominato Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Europa (14-15 dicembre 2001), grazie al quale è risultato "politicamente" legittimato il sistema di procedura bi-fase e bi-istituzionale⁶⁰ successivamente messo in atto. Si è trattato di una singolare procedura di revisione attuata mediante la "sperimentazione" di regole nuove aventi contenuto organizzativo-procedurale⁶¹ e concretizzatesi nella presenza della Convenzione-Conferenza e nei successivi testi di cui al Progetto di Trattato del 18 luglio 2003 ed al testo firmato del 29 ottobre 2004.

In particolare, la Convenzione⁶² ha auto-definito il suo metodo di lavoro attraverso un apposito regolamento interno, denominato *Nota sui metodi di lavoro*, approvato nella sessione del 21-22 marzo 2002 (doc. Conv. 14/02, adottato su proposta del *Praesidium* doc. Conv. 9/02) ed ha elaborato un testo che unitamente ai risultati dei dibattiti nazionali ha costituito il punto di partenza per i lavori della Conferenza intergovernativa chiamata a prendere le decisioni finali. Come ovvio, un simile metodo o meccanismo ha consentito di ampliare la base partecipativa, in modo da promuovere un dibattito pubblico e consentire al Parlamento europeo ed ai parlamenti nazionali di incidere direttamente sul testo nella sua fase elaborativa, nonché ha consentito anche di valutare la Costituzione in *statu nascendi* nel suo valore comunicativo e di circolazione dell'informazione⁶³. Pur tuttavia, tale *iter* pragmatico di revisione

PATRONI GRIFFI, *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2003, p. 15 ss.; G. DE MINICO, *Revisione e adozione del trattato: tra diritto internazionale e diritto costituzionale*, *ivi*, p. 431 ss.; S. BARTOLE, *A proposito della revisione del trattato che istituisce la costituzione dell'Unione europea*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 771 ss.; J. KOKOTT - A. RÜTH, *The European Convention and its Draft treaty establishing a Constitution for Europe: appropriate answers to the Laeken questions?*, *CMLR*, 2003, p. 1315 ss.

⁶⁰ In altri termini, la revisione messa in atto ha ingenerato una pratica di *law-making* che si è tradotta in un *emerging customary law*. In tal senso, v. M. E. VILLIGER, *Customary international law and treaties: a manual on the theory and practice of the interrelation of sources*, The Hague, Kluwer, 1997 e G. M. DANILENKO, *Law-making in the international community*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Hijhoff Publishers, 1993.

⁶¹ Trattasi di un *modus procedendi* non nuovo, considerato, come è noto, che l'avanzamento nel processo di unificazione politica è avvenuto attraverso la prassi di tenere riunioni informali e senza una cadenza prestabilita tra i Capi di Stato e di Governo (c.d. vertici europei) progressivamente formalizzatasi in Consiglio europeo, a partire dal vertice di Parigi del 1974, fino all'attuale inserimento nel quadro istituzionale (art. I-19). In tal senso, v., per tutti M. PANEBIANCO, *Cooperazione politica*, *cit. supra*, nota 46.

⁶² Più precisamente, la Convenzione ha avuto il compito di esaminare le questioni essenziali per il futuro sviluppo dell'Unione e di ricercare soluzioni possibili attraverso l'azione di coordinamento di un Ufficio di Presidenza (*Praesidium*) con un ruolo propulsivo. Inoltre, tutte le fasi di lavoro (di ascolto, di riflessione e propositiva) sono state incentrate sul dialogo e improntate a raccogliere il più ampio *consensus* possibile, evitando di procedere a votazioni.

⁶³ Ed infatti al fine di garantire che l'elaborazione del testo avvenisse nel modo più democratico e trasparente possibile e tale da coinvolgere l'insieme dei cittadini, la Convenzione ha provveduto all'apertura di un *Forum* per le organizzazioni che rappresentano la società civile (parti sociali, settore privato, organizzazioni non governative, ambienti accademici, ecc.), quale rete strutturata di organizzazioni regolarmente informate sui lavori della Convenzione, e ascoltate o consultate attraverso l'apposito sito web *Futurum* della Convenzione (http://europa.eu.int/futurum/index_it.htm).

è risultato, di fatto, di contestuale definizione, considerato che la disciplina contenuta nell'art. IV-443⁶⁴, recante «procedura di revisione ordinaria», costituisce l'inquadramento normativo di una procedura diversa rispetto a quella espletata per l'istituzione-adozione del Trattato costituzionale.

Resta la circostanza che l'ormai avvenuta elaborazione del testo pone sul piano della bilancia l'equilibrio "istituzionale" venutosi a creare nel processo di revisione. Non più e non solo la "vecchia" Conferenza intergovernativa⁶⁵, ma anche l'ulteriore "organo" costituito dalla Convenzione. Essa nella sua particolare composizione – e per il ruolo rivestito nell'elaborazione del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa –, ha rappresen-

⁶⁴ Risulta evidente la distinzione tra la revisione *ex ante* dell'*acquis* di cui all'art. IV-438 dalla revisione *ex post* futura ed eventuale dell'intero Trattato costituzionale o delle sue parti secondo il disposto dell'art. IV-443 (c.d. revisione ordinaria). Esso si riferisce alle revisioni future e cioè a quelle successive all'entrata in vigore del Trattato costituzionale e non coincide con la procedura prevista dall'art. 48 TUE che risulta a sua volta modificata [v. tra gli altri, B. DE WITTE, *Entrata in vigore e revisione del Trattato costituzionale*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto*, cit. supra, nota 20, p. 101 ss.]. Innanzitutto, muta la cerchia dei soggetti istituzionali chiamati ad avanzare progetti modificativi, non più solo qualsiasi Stato membro e la Commissione, ma anche il Parlamento europeo. Sempre nella stessa direzione, è stato previsto l'ulteriore obbligo, a carico del Consiglio, di notificare dei progetti presentati ai parlamenti nazionali nell'ottica generale di un rafforzamento del loro ruolo. Inoltre, non è più il Consiglio ad effettuare la valutazione sulle modifiche proposte, ma il Consiglio europeo chiamato, adesso, ad adottare a maggioranza semplice una decisione sull'esame delle modifiche presentate, il tutto previa consultazione non solo del Parlamento, ma anche della Commissione. Ed è sempre il Consiglio europeo, come organo supremo di direzione politica dell'Unione, nella persona del suo presidente, a procedere, nel caso di decisione favorevole, alla convocazione di una convenzione composta dai rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione, secondo la formula da ultimo sperimentata per la revisione dei Trattati comunitari-unionistici. A parte il diverso coinvolgimento dei soggetti istituzionali, la fase più innovativa rispetto alla vecchia procedura (fase comunitaria, fase diplomatica e fase nazionale), è quella relativa alla convocazione della suddetta convenzione deputata all'esame dei progetti di modifica ed all'adozione per consenso di una raccomandazione ad una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri. Tuttavia, tale fase risulta essere eventuale, potendo il Consiglio europeo, a maggioranza semplice, ma sempre previa approvazione del Parlamento europeo, decidere di non convocare una convenzione quando l'entità delle modifiche non lo giustifichi. In questo caso, il Consiglio europeo definisce il mandato per una conferenza intergovernativa, che, sia nella prima, sia nella seconda ipotesi, ha lo scopo di stabilire di comune accordo le modifiche da apportare. Resta ferma la necessità, per l'entrata in vigore delle modifiche, della ratifica da parte di tutti gli Stati membri secondo le rispettive norme nazionali, mitigata, adesso, dal deferimento al Consiglio europeo della questione relativa alle difficoltà incontrate nelle procedure di ratifica, trascorsi due anni dalla firma del trattato e dopo la ratifica dei quattro quinti degli Stati membri (par. 4, art. IV-443). A ben vedere, l'art. IV-443 "stravolge" le previsioni normative dell'art. 48 TUE con l'evidente necessità di assicurare maggiore democraticità e trasparenza attraverso il "trittico" Convenzione, Parlamento europeo e parlamenti nazionali. Resta il fatto che l'*iter* seguito nell'elaborazione del Trattato costituzionale non coincide con quello appena descritto. Secondo il modello di Laeken la Convenzione sul futuro dell'Europa era padrona del Progetto di Trattato, in quanto chiamata ad elaborare un documento finale, tale da costituire il punto di partenza per i lavori della Conferenza intergovernativa. Viceversa, ai sensi dell'art. IV-443, la Convenzione "si trova sul tavolo" progetti di modifica già presentati e preconfezionati. Ciò potrebbe indurre a considerare la procedura seguita per l'attuale Trattato costituzionale quale traduzione di una decisione *ad hoc* o *una tantum* del Consiglio europeo di convocare una convenzione secondo il mandato formalizzato nella Dichiarazione di Laeken.

⁶⁵ Sul ruolo della Conferenza intergovernativa, v. per tutti R. CANGELOSI, *Il progetto di Trattato costituzionale, la Presidenza italiana e la Conferenza intergovernativa*, in *La Comunità internazionale*, 2003, p. 533 ss. e P. ANDRÉANI, *Le Traité constitutionnel et la CIG 2003-2004*, *RMCUE*, 2004, p. 413 ss.

tato lo stadio embrionale di una «prassi democratica»⁶⁶ idonea a colmare, almeno in parte, la tanto contestata carenza di legittimazione democratica nell'Unione europea.

9. Conclusioni: Costituzione europea come *standby Treaty*

In definitiva, al termine della presente ricerca, sembra possibile affermare che l'abnorme rilievo assunto dal regime transitorio della Costituzione europea maggiormente si attaglia ad un Trattato costituzionale piuttosto che ad una vera e propria Costituzione (*standby Treaty*). Infatti, è tipico dei Trattati avere regole di coordinamento o collegamento con norme recepite o mantenute di altri trattati precedenti. È rispetto a questi che le disposizioni del Trattato sopravvenuto restano in lista di attesa nel senso che hanno un'efficacia sospesa o differita nel tempo. C'è, quindi, "un tempo" della Costituzione europea nel periodo di attesa, ben distinto da quello ultimo e finale della sua piena esplicazione e vigenza.

La Costituzione europea, come sopra delineata nei suoi caratteri di successione e continuità, appare così segnata da aspetti del tutto peculiari:

a. è fondata sulla sua pre-costituzione di tipo comunitario-unionistico, nella quale le deleghe di competenza all'Unione si ispirano al c.d. «modello comunitario» in singolare sintesi istituzionale;

b. in secondo luogo, è un atto uno e unico non suscettibile di ulteriori divisioni in più trattati, a differenza dei Trattati comunitari-unionistici precedenti oggetto dell'ormai avvenuta revisione abrogatrice;

c. la *sedes materiae* della revisione si trova negli artt. IV-437 e IV-438 del Trattato costituzionale all'interno dei quali, *ratione materiae*, convivono l'abrogazione dei Trattati precedenti (art. IV-437, par. 1) e la loro continuità temporanea e provvisoria (art. IV-438, par. 2, 3, 4, e 5);

d. la Costituzione affonda ben cinque radici nelle continuità lungamente elencate e dettagliate nel testo dell'art. IV-438 come continuità istituzionale, funzionale, materiale, interistituzionale e di PESC-PESD, e giurisprudenziale (senza considerare la continuità delle procedure amministrative e giurisdizionali pendenti);

e. essa proietta la sua duplice natura convenzionale e consuetudinaria nella prospettiva di una Costituzione "formale" o scritta e "materiale" o "viven-

⁶⁶ In questo senso, v. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984 (trad. A. CARACCILO). Secondo altri e nell'ambito della dottrina costituzionalistica, v. S. GAMBINO, *Costituzionalismo europeo*, cit. supra, nota 21, trattasi di un tipo particolare di prassi costituzionale alla luce del principio democratico quale animatore di una transizione dal vecchio al nuovo regime, dal *deficit* democratico, tante volte considerato pregiudizievole per il futuro dell'Unione, alla transizione allargata di nuovi soggetti ed attori integrati nel processo costituzionale.

te", come parti ineliminabili ed indissociabili di qualsiasi Costituzione nazionale od europea;

f. va, inoltre, esaminata, nei suoi aspetti innovativi, oltre il testo dell'art. IV-438 con riferimento ai Protocolli e Dichiarazioni allegate all'Atto finale, in modo particolare con riferimento alla Dichiarazione n. 12 concernente l'obbligatorietà delle spiegazioni ai 53 articoli della Carta dei diritti fondamentali incorporata come Parte II della Costituzione;

g. risulta essere il massimo della conservazione nel settore interistituzionale ed internazionale nello sforzo di dare un nuovo assetto all'organizzazione dei pubblici poteri dell'Unione come sviluppo del quadro istituzionale unico (Parlamento europeo, Consiglio europeo, Consiglio-Commissione e Corte di giustizia). Così come l'affermata personalità internazionale dell'Unione appare perfettamente continuatrice della sua precedente politica estera di sicurezza e di difesa;

Infine, la Costituzione è risultata essere il frutto di una *potestas revisio-nandi*, mista o binaria, espressione di esigenze di legittimità democratica (Convenzione), ma altresì di rappresentatività statale a cui è spettato il diritto "all'ultima parola".

Teresa Russo*

* Dottoranda in Diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO E L'UNIONE DI MYANMAR (EX BIRMANIA): UN RAPPORTO DIFFICILE

Sommario: *Premessa - 1. La prima fase dei rapporti OIL-Myanmar: la Commissione d'inchiesta OIL sul lavoro forzato - 2. La prassi successiva dell'Organizzazione e degli Stati membri - 3. La 93^a sessione della Conferenza internazionale del lavoro - 4. Conclusioni.*

Premessa

La recente conclusione della sessione annuale (93^a) della Conferenza internazionale del lavoro (d'ora in poi: la Conferenza), organo assembleare dell'Organizzazione internazionale del lavoro, costituisce un'occasione utile per tentare un bilancio del complesso delle attività di questo Ente, nel quadro dei processi di globalizzazione dell'economia. Come ormai è abitudine consolidata nella prassi dell'Organizzazione, molteplici sono state le problematiche affrontate dai delegati statali dei datori di lavoro e dei lavoratori (i c.d. «mandanti» dell'OIL) riuniti a Ginevra. Tra di esse, merita un'attenzione particolare l'evoluzione dei rapporti tra l'OIL ed uno dei suoi membri, l'Unione di Myanmar (ex Birmania), vero e proprio banco di prova per gli scopi perseguiti da questo Istituto specializzato delle Nazioni Unite e per la sua credibilità nel tentativo di consolidare le norme che tutelano la dignità umana. Da questo punto di vista, la riunione annuale della Conferenza rappresenta il punto di arrivo temporaneo di un difficile rapporto, in cui lo Stato asiatico attraverso le continue e reiterate violazioni delle norme contenute nella Convenzione OIL n. 29/1930 sul lavoro forzato è sembrato mettere in discussione gli obblighi più generali discendenti dalla qualità di membro di una Organizzazione internazionale e tra questi, *in primis*, l'obbligo di leale cooperazione¹.

¹ Com'è evidente, la questione presenta aspetti che toccano anche il sistema multilaterale degli scambi, che però non possono essere trattati in questa sede. L'asserita violazione da parte di

1. La prima fase dei rapporti OIL-Myanmar: la Commissione d'inchiesta OIL sul lavoro forzato

Il deterioramento delle relazioni tra l'OIL e l'Unione di Myanmar trae origine da un ricorso presentato ai sensi dell'art. 26 della Costituzione OIL da alcuni delegati dei lavoratori in occasione della 83^a sessione della Conferenza (1996), ed avente ad oggetto il presunto grave inadempimento da parte di Myanmar della Convenzione n. 29/1930 che disciplina il lavoro forzato². Sempre in base all'art. 26, il Consiglio d'amministrazione (l'Organo che stabilisce i lavori della Conferenza sulla base delle proposte dei Governi: art. 14 Costituzione OIL) nominava una Commissione d'inchiesta incaricata di accertare la materialità dei fatti contestati. Tuttavia, le autorità del Paese asiatico impedivano all'Organo di recarsi sul territorio al fine di porre in essere il necessario accertamento dei fatti, e ciò sulla base del presupposto che le relative attività investigative avrebbero interferito con la sovranità del Paese senza contribuire in maniera significativa alla soluzione del problema. La Commissione, peraltro, riuscì a stabilire la veridicità dei fatti contestati formulando, al contempo, raccomandazioni sulle misure che avrebbero dovuto essere adottate per il ristabilimento della legalità violata³. Nel rapporto della Commissione⁴ si evidenziavano infatti, in particolare, l'incompatibilità delle disposizioni contenute nel *Towns Act* (1907), e nel *Village Act* (1908) con la Convenzione

Myanmar della Convenzione n. 29 potrebbe infatti risolversi nell'utilizzazione di manodopera di questo tipo per la fabbricazione di prodotti a basso costo da esportare nei mercati occidentali ed abbattere la concorrenza delle imprese locali che rispettano la normativa internazionale. La questione è da tempo al centro delle preoccupazioni delle due Organizzazioni internazionali maggiormente coinvolte, l'OIL e l'OMC. In dottrina, vari sono stati gli approcci suggeriti, potenzialmente idonei a salvaguardare le prerogative di entrambi gli Enti. Tali soluzioni, però, sono spesso "unilaterali", nel senso di prendere in considerazione gli interessi esclusivi vuoi dell'OIL, vuoi dell'OMC. Probabilmente, invece, la soluzione migliore consiste nell'adozione di un'ottica unitaria, che può ad esempio consistere nella creazione di un ufficio comune che elabori proposte condivise dai due Enti. È quanto sostiene F. CAPELLI, *Obiettivi e Prospettive del "Millennium Round"*, documento trasmesso all'allora Ministro per il Commercio con l'Estero, Fassino, nell'ambito delle iniziative sul c.d. «*Millennium Round*», 1999.

² Sul punto, v. S. SANNA, *Diritti fondamentali dei lavoratori: Ruolo dell'OIL e dell'OMC*, in *Dir. Lav.* 2004, I, fasc. 1-2, p. 147 ss. Secondo l'art. 2.1 della Convenzione n. 29/1930, costituisce lavoro forzato «ogni lavoro o prestazione richiesta ad un individuo sotto minaccia di punizione e per la quale il lavoratore non si è offerto spontaneamente». La successiva Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, (n. 105/1957), proibisce l'impiego di pratiche di lavoro forzato od obbligatorio come mezzo di coercizione o rieducazione politica, di punizione per l'espressione di opinioni politiche o ideologiche, di mobilitazione della manodopera per la promozione dello sviluppo socio-economico, di disciplina nei rapporti di lavoro, di punizione per la partecipazione ad uno sciopero o di discriminazione razziale, sociale, nazionale o religiosa (art. 1).

³ Dispone l'art. 28 dello Statuto OIL che «When the Commission of Inquiry has fully considered the complaint, it shall prepare a report embodying its findings on all questions of fact relevant to determining the issue between the Parties and containing such recommendations as it may think proper as to the steps which should be taken to meet the complaint and the time within which they should be taken».

⁴ ILO, *Forced labour in Myanmar (Burma)* in *Official Bulletin* vol. LXXXI, 1998, series b, spec. suppl. p. 55 ss.

OIL sul lavoro forzato e l'ampio ricorso a pratiche di lavoro forzato imposte da autorità civili e militari nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura anche a persone deboli (donne e minori) o inabili al lavoro, in totale disprezzo della dignità e della salute umana. Quanto alle misure raccomandate a Myanmar, esse contemplavano: la modifica della legislazione interna in modo da renderla conforme alla Convenzione n. 29; la cessazione delle pratiche di lavoro forzato richieste alla popolazione civile; l'effettiva applicazione delle norme penali interne che proibiscono il ricorso a lavoro forzato (paras. 528-540).

La successiva, parziale, modifica del *Towns Act* e del *Village Act* mediante l'«*Order*» n. 1/99 con cui si sospendeva temporaneamente la facoltà di esigere prestazioni lavorative in maniera forzosa lasciava insoddisfatta la Conferenza che alla sua 88ª sessione (1999) adottava una risoluzione⁵ in cui prospettava l'eventualità che «(...) Myanmar should cease to benefit from any technical cooperation or assistance from the ILO, except for the purpose of direct assistance to implement immediately the recommendations of the Commission of inquiry (...)» (par. 3, lett. a.). Incidentalmente, deve essere osservato che l'interruzione della cooperazione tecnica e la sospensione parziale dalla partecipazione ai lavori dell'Organizzazione concretizzano vere e proprie misure privative di diritti inerenti alla qualità di membro dell'OIL, la cui liceità potrebbe apparire dubbia sulla base dell'inesistenza di una disposizione statutaria che esplicitamente la legittimi, e della sussistenza di un vero e proprio diritto degli Stati membri all'assistenza tecnica ex art. 11, par. 2, lett. b. dello Statuto⁶.

Il persistente inadempimento di Myanmar induceva il Consiglio d'amministrazione a fare ricorso alle misure previste dall'art. 33 della Costituzione, secondo cui «in the event of any Member failing to carry out within the time specified the recommendations, if any, contained in the report of the Commission of Inquiry (...) the Governing Body may recommend to the Conference such actions as it may deem wise and expedient to secure compliance therewith»: veniva così indicata la possibilità, per la Conferenza, di raccomandare ai mandanti dell'OIL di rivedere le relazioni con quello Stato per impedirgli di trarne giovamento, e di informare, tramite il Direttore generale,

⁵ *Resolution on the Widespread Use of Forced Labour in Myanmar*, International Labour Conference (June 1999).

⁶ Sul punto, v. L. CAVICCHIOLI, *Sospensione parziale della Birmania (Myanmar) dall'Organizzazione internazionale del lavoro per violazione della Convenzione n. 29 sul lavoro forzato?*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 731 ss. Secondo questa A., peraltro, è solo nell'ambito della procedura di ricorso ex art. 26 della Costituzione OIL che possono essere adottate sanzioni contro uno Stato membro responsabile della violazione di obblighi OIL. Pertanto, a seguito della mancata esecuzione delle raccomandazioni contenute nel rapporto della Commissione d'inchiesta spetta al Consiglio d'amministrazione agire ex art. 33 dello Statuto OIL. Insomma, solo dopo che il Consiglio abbia raccomandato all'organo assembleare le misure sanzionatorie da esso ritenute idonee, la Conferenza potrà raccomandare a sua volta le sanzioni indicate agli attori istituzionali dell'OIL o ad altri Enti.

le altre Organizzazioni internazionali dei gravi inadempimenti di Myanmar al fine di interrompere ogni cooperazione con esso⁷. Le raccomandazioni del Consiglio d'amministrazione venivano recepite integralmente dalla Conferenza, che alla sua 88^a sessione (2000) adottava una risoluzione particolarmente incisiva. Nel documento, infatti, si decidevano misure dal diverso contenuto. Anzitutto, l'ulteriore prosecuzione della verifica del rispetto delle raccomandazioni della Commissione d'inchiesta, nell'ambito delle procedure di controllo dell'OIL; la reiterazione dell'invito a Stati e OIL ad adottare misure idonee ad escludere Myanmar dal godimento di qualunque forma di beneficio; infine, l'interruzione di ogni attività di cooperazione tecnica prestata dall'Organizzazione salva quella funzionale all'attuazione delle raccomandazioni della Commissione d'inchiesta⁸.

2. La prassi successiva dell'Organizzazione e degli Stati membri

V'è ora da chiedersi quale seguito abbia avuto la risoluzione della Conferenza, e le misure in essa auspicate, presso i «mandanti» dell'Organizzazione internazionale del lavoro, le principali Organizzazioni internazionali ed, eventualmente, attori non statali.

Per quanto riguarda la prassi successiva dell'OIL, essa in un primo tempo è sembrata essere caratterizzata dal c.d. «wait and see approach», alla luce del dialogo apparente tra OIL e Myanmar⁹. Nel biennio 2001-2003, infatti, veniva istituito un «High-level Team» incaricato di investigare in assoluta indipendenza l'eventuale sussistenza di fenomeni di lavoro forzato, e nominato un «Liaison Officer» dell'OIL. Il passo più significativo era la stipulazione di un accordo (27 maggio 2003) per un «Joint Plan of Action» OIL-Myanmar con la previsione di meccanismi procedurali relativi all'accoglimento di ricorsi individuali in materia di lavoro forzato.

Alla prova dei fatti, tuttavia, il cauto approccio dell'OIL non dava i frutti sperati: l'Organizzazione rilevava, infatti, che il divieto di fare ricorso a pratiche di lavoro forzato, contenuto nelle disposizioni interne di esecuzione della normativa penale, restava inattuato e che gli autori di denunce contro tali pratiche subivano procedimenti per calunnia o diffamazione. Il Consiglio d'amministrazione riteneva pertanto difficilmente sostenibile l'ulteriore pro-

⁷ *Measures, including action under article 33 of the Constitution of the International Labour Organization, to secure compliance by the government of Myanmar with the recommendations of the Commission of Inquiry established to examine the observance of the Forced Labour Convention, 1930 (no. 29) GB.276/6 (Nov. 1999).*

⁸ *Resolution concerning the measures recommended by the Government Body under article 33 of the Constitution with respect to Myanmar, ILO Conference, June 2000.*

⁹ V. il Doc. GB.280/6 (March 2001).

secuzione della politica di «wait and see» finora seguita e proponeva di rivedere l'intera politica dell'OIL alla luce delle misure già adottate a partire dal 2000¹⁰.

Di grande interesse risulta pure la prassi di alcuni Stati e quella delle più importanti Organizzazioni internazionali. Negli Stati Uniti, l'adozione del *Burmese Freedom and Democracy Act* (2003)¹¹ ha comportato restrizioni commerciali ai prodotti birmani, il congelamento di beni, e la sospensione nella concessione di prestiti da parte di Istituzioni finanziarie di cui gli USA sono membri. Anche alcuni Stati federati (California, Massachusetts, New York, Vermont) hanno intrapreso una campagna di disinvestimento finanziario da Myanmar. Condotte sostanzialmente analoghe sono state adottate dal Giappone, l'Australia, il Regno Unito, il Canada e la Svizzera¹².

Nell'ambito del proprio schema di preferenze generalizzate¹³, L'Unione europea ha sospeso a partire dal 1997 il godimento dei benefici da parte del Paese asiatico, e adottato una serie di posizioni comuni in cui si deplorava l'uso di lavoro forzato allo scopo di rafforzare l'embargo sulla vendita di armi e la partecipazione finanziaria in imprese statali di quel Paese¹⁴.

Meritano pure di essere segnalate le prese di posizione sul lavoro forzato in Myanmar da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite¹⁵, dell'ECOSOC¹⁶ e dell'OCSE¹⁷ che si aggiungono alla restrittiva politica di prestiti posta in essere dalla Banca Asiatica per lo sviluppo e dalla banca mon-

¹⁰ Doc. GB.291/5/2, *Developments concerning the question of the observance by the Government of Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930* (No. 29) (Nov. 2004).

¹¹ In *Public Law* 108-61, 28-7-2003, Sec.2 (10). La normativa richiama espressamente le richieste indirizzate dal Direttore generale OIL ai Membri di rivedere le proprie relazioni alla luce della risoluzione della Conferenza del 2000.

¹² *Developments concerning the question of the observance by the Government of Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930* (No. 29), *Further action taken pursuant to the resolution of the International Labour Conference regarding forced labour in Myanmar*, Doc. GB.292/7/1 (March 2005), par. 6.

¹³ V. il regolamento comunitario n. 2501/2001 del 10 dicembre 2001, che applica uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002-31 dicembre 2004, in *Guce* n. L 346 del 31 dicembre 2001.

¹⁴ V. le posizioni comuni del Consiglio n. 2005/340/PESC del 25 aprile 2005, in *Gu-Ue* n. L 108 del 29 aprile 2005; n. 2004/423/PESC, in *Gu-Ue* n. L 125 del 28 aprile 2004; n. 2004/730/PESC, in *Gu-Ue* n. L 323 del 26 ottobre 2004. Si veda, altresì, la risoluzione del Parlamento europeo su Myanmar del 12 maggio 2005, B6-0284/2005 in cui questa istituzione, citando l'invito del 24 marzo 2005 da parte del Consiglio d'amministrazione dell'OIL ai membri OIL a rivedere le loro relazioni con Myanmar (lett. n. dei *considerando*), insiste affinché tutti i membri dell'OIL appartenenti all'UE rivedano attentamente le loro relazioni, a norma dell'art. 33 della Costituzione OIL, con la Birmania come richiesto dal consiglio direttivo dell'OIL (punto n. 16). V., altresì, le risoluzioni del 16 settembre 2004, P6_TA(2004)0015; dell'11 marzo 2004, in *Gu-Ue* n. C 102 del 28 aprile 2004; del 4 settembre 2003, in *Gu-Ue* n. C 76 del 25 marzo 2004.

¹⁵ A/RES/59/263, 23 Dec. 2004.

¹⁶ Ris. 2001/20, del 25 luglio 2001, adottata per *consensus*.

¹⁷ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises: 2002 report by the chair of the annual meeting of the National Contact Points*.

diale sin dal 1987, alle campagne delle maggiori associazioni sindacali internazionali (ICFTU - International Confederation of Free Trade Unions; European Trade Union Confederation) unitamente a varie ONG volte al ritiro delle multinazionali da quel Paese¹⁸.

3. La 93^a sessione della Conferenza internazionale del lavoro

La sessione di giugno 2005 della Conferenza ha valutato, attraverso l'attività degli organi di controllo dell'OIL, l'idoneità delle misure realizzate dal Governo dell'Unione di Myanmar per rendere compatibile la propria normativa interna con la Convenzione n. 29/1930 dell'OIL, in conformità alle raccomandazioni della Commissione d'inchiesta.

Nelle sue "osservazioni", la Commissione degli esperti per l'applicazione delle Convenzioni e delle raccomandazioni¹⁹ considera necessario, in via preliminare ad ogni ulteriore emendamento della legislazione nazionale in materia di lavoro forzato, l'adozione di misure concrete idonee a porre fine alle pratiche condannate. A tale scopo, la Commissione ritiene opportuno identificare alcuni settori in cui si rende necessaria la collaborazione delle Autorità del governo di Myanmar verso il pieno rispetto della normativa OIL: istruire le autorità civili e militari, specie a livello locale, sul carattere illegale delle pratiche di lavoro forzato ai sensi della sezione 374 del Codice penale e sulla tipologia delle stesse; diffondere ad ogni livello della popolazione la conoscenza dell'esistenza di norme (i c.d. «orders») che vietano il lavoro forzato; istituire e finanziare meccanismi investigativi a livello locale incaricati di supervisionare l'effettiva osservanza delle norme. A vario titolo, nessuno dei prescritti adempimenti è stato tuttavia previsto o sufficientemente attuato. Ciò ha avuto per conseguenza un aggravamento della situazione specie nelle zone abitate da minoranze etniche: in particolare, si è proceduto all'arresto di singoli individui accusati di alto tradimento per avere mantenuto contatti con personale OIL. Non sorprende, pertanto, che la Commissione abbia solennemente affermato che «(...) the recommendations of the Commission of Inquiry have still not been implemented: the provisions of the Towns Act, 1907, and the Village Act, 1908, allowing requisition of labour in violation of the Convention, have not been repealed; forced labour continues to be exacted in many areas of the country, in circumstances of severe cruelty and brutality;

¹⁸ *Developments concerning the question of the observance by the Government of Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), Further action taken pursuant to the resolution of the International Labour Conference regarding forced labour in Myanmar, cit. supra*, nota 12, par. 7.

¹⁹ Si tratta di un organo sussidiario del consiglio d'amministrazione che esamina da un punto di vista tecnico i rapporti statali e che redige successivamente un rapporto destinato alla Conferenza in cui si valuta la conformità della legislazione interna agli obblighi OIL.

and no person responsible for the exaction of forced labour has been prosecuted or convicted under the relevant provisions of the Penal Code»²⁰.

Non dissimili sono le conclusioni della Commissione per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni²¹, che si pronuncia in maniera risoluta per una riattivazione delle misure già adottate nel 2000. Vengono così accolte integralmente le raccomandazioni con cui il Consiglio d'amministrazione aveva suggerito «(...) to urgently take the appropriate actions, including as regards foreign direct investment in all its various forms (...)», con l'obbligo per Myanmar di astenersi dal sottoporre a giudizio privati denunciando l'esistenza di pratiche di lavoro forzato e garantire l'assoluta libertà di movimento dell'Ufficiale di collegamento dell'OIL²².

4. Conclusioni

Le valutazioni della Commissione per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni circa un eventuale ricorso, da parte degli Stati, a misure economiche dall'evidente contenuto sanzionatorio pongono il problema della loro ammissibilità con lo Statuto dell'OIL. Come si è avuto modo di osservare, la legittimità di misure di questo tipo non può escludersi in linea di principio, purché ricorrano i necessari presupposti: ovvero, un'iniziativa del Consiglio d'amministrazione ex art. 33 e la decisione della Conferenza che potrà raccomandare le misure da esso indicate.

La recente prassi dell'OIL ha evidenziato, da un lato, l'opzione per il Consiglio d'amministrazione di «reactivate and review» le misure decretate dalla Conferenza nel 2000; e, dall'altro, la disponibilità della Commissione per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni ad accogliere tali indicazioni. Anche se la Conferenza non ha adottato una nuova risoluzione, eventuali misure di tipo sanzionatorio dovrebbero essere precedute da richiami espliciti alle norme pertinenti dello Statuto: tutto lascia invece supporre che l'impiego, volutamente ambiguo, dei termini appena indicati possa aprire la strada a nuove sanzioni, ancorché di contenuto analogo a quelle finora poste in essere. In altri termini, anche se è auspicabile che la verifica dell'osservanza da parte dei competenti organi OIL degli obblighi incombenti in capo a Myanmar continui, se del caso anche attraverso la comminazione di san-

²⁰ *Special sitting to examine developments concerning the question of the observance by the Government of Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29)*, ILO Conference, *Provisional Record*, Geneva, 2005, par. 32 ss.

²¹ Si tratta di un organo interno della Conferenza internazionale del lavoro, incaricato di discutere il rapporto della Commissione di esperti e di stilare a sua volta un secondo rapporto oggetto di discussione in sede di Conferenza.

²² *Special sitting to examine developments concerning the question of the observance by the Government of Myanmar of the Forced Labour Convention*, loc. cit., p. 10 ss.

zioni, è necessario che a tale risultato si pervenga nel più rigoroso rispetto della legalità istituzionale: vale a dire attraverso l'adozione di una nuova risoluzione, e non mediante una mera ripresa di efficacia di quella preesistente.

Claudio Di Turi*

* Ricercatore di Diritto internazionale presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università della Calabria.

LA TUTELA AMBIENTALE NELL'UNIONE EUROPEA: PRINCIPI, OBIETTIVI E PROCEDURE DECISIONALI*

Alla luce delle crescenti emergenze ambientali e delle connesse implicazioni di natura giuridica, la tesi in oggetto intende analizzare nascita ed evoluzione della politica ambientale comunitaria, con particolare riferimento alla legislazione, alla giurisprudenza e alle varie posizioni dottrinali, senza tralasciare i più importanti eventi internazionali in materia: Convenzione di Rio, Vertice di Johannesburg e Protocollo di Kyoto.

Il primo capitolo ha un carattere introduttivo, ma al contempo illustra l'intero piano dell'opera; esso infatti presenta un *excursus* sui Trattati comunitari-unionistici, soffermandosi sul progressivo passaggio dal totale disinteresse mostrato dal Trattato di Roma verso le tematiche ambientali (date le finalità esclusivamente economiche, infatti, era possibile solo un riferimento indiretto ad esse da parte del Preambolo e degli artt. 2, 100 e 235), al particolare interesse nei confronti dell'ambiente reso palese nei trattati seguenti. Sol tanto a partire dall'Atto unico europeo, viene introdotto, nel Trattato CE, il Titolo VII «Ambiente» (composto dagli artt.130R-S-T), in cui sono individuati principi, obiettivi e strumenti di attuazione della politica ambientale; il tutto è confermato dagli sviluppi successivi, sino ad arrivare al Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (art. II-37, art. III-3, art. III-4). Accanto alle norme primarie si pongono, con una funzione di guida per le Istituzioni comunitarie, i sei Programmi d'Azione in materia ambientale, atti di natura programmatica che, conferendo una fisionomia di fondo alla materia e facendone una politica autonoma ed organica, hanno gettato le fondamenta

* Sintesi della tesi di laurea in «Diritto delle Comunità europee», depositata presso la Presidenza della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno, relatore Prof.ssa Angela Di Stasi, anno accademico 2002-2003, pp. 540.

dell'azione comunitaria nel settore, incidendo profondamente su diversi aspetti della stessa (si pensi al V Programma, riguardante lo sviluppo sostenibile, o al VI che illustra obiettivi e mezzi per raggiungerli fino al 2010).

I molteplici aspetti del processo evolutivo della politica ambientale cui si accenna nel primo capitolo, vengono descritti dettagliatamente nei capitoli successivi. Nel secondo, infatti, dapprima si tenta di dare una definizione del termine «ambiente» (tra bene giuridico e diritto), secondo le posizioni dottrinali più autorevoli, per poi continuare con l'analisi dei singoli principi: di prevenzione e di precauzione; Valutazione di Impatto Ambientale (con riferimento alla VIA e alla VIA strategica, introdotte rispettivamente con la direttiva n. 85/337 e con la direttiva n. 2001/42); correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente; «chi inquina paga» (principio sfociato, negli ultimi anni, nella responsabilità penale per i danni ambientali, come testimoniato dalla decisione-quadro n. 2003/80/GAI); integrazione; sussidiarietà; libera circolazione delle merci e clausola di salvaguardia; ottimizzazione della protezione ambientale.

Nel terzo capitolo, invece, la trattazione si sposta sugli obiettivi della politica ambientale comunitaria: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana; promozione, sul piano internazionale, di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale; elevato livello di protezione; utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali e sviluppo sostenibile. I paragrafi successivi prendono in considerazione le condizioni per l'azione, ma soprattutto gli strumenti, normativi e di mercato, di attuazione della politica comunitaria, cui già si accenna nel primo capitolo a proposito di *ecolabel* (regolamento n. 880/92/Cee) ed *eco-audit* (regolamento n. 1836/93/Cee): 1. regolamentazione «*command and control*», basata su divieti e *standard* ambientali, cui si aggiunge un controllo preventivo (autorizzazioni e notifiche) e successivo sul rispetto dei criteri individuati e sulla loro applicazione; 2. contratti ambientali, quali forme di partecipazione volontaria al raggiungimento delle finalità ambientali; 3. strumenti di finanziamento, statali e comunitari (LIFE, Fondi strutturali, Iniziative comunitarie, BEI, Fondo di Coesione); 4. fiscalità ambientale, traducibile in ecotasse, crediti di imposte, sussidi, permessi disponibili, *earmarking* di tasse ecologiche, federalismo fiscale.

Nel quarto ed ultimo capitolo ci si sofferma sull'analisi dei poteri delle singole Istituzioni. Particolare attenzione viene anche dedicata al ruolo svolto nel settore ambientale dalle regioni (termine che, a livello europeo, comprende enti di vario genere) e dalle ONG (Organizzazioni non governative), agli atti comunitari e alle procedure per la loro adozione. Vengono anche esaminate le facoltà riconosciute in materia ambientale ai cittadini dell'Unione europea, grazie all'attribuzione ad essi del diritto a ricorrere (ex artt. 169-171 TUE) e del diritto di accesso all'informazione in materia ambientale (direttiva

n. 90/313). Queste facoltà hanno subito un'evoluzione in seguito alla Convenzione di Aarhus del 1998, che ha ribadito il diritto di accesso all'informazione, la partecipazione del pubblico alle procedure decisionali e il diritto di ricorrere alla giustizia in materia ambientale.

Nell'ultimo capitolo un intero paragrafo è dedicato alla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia riguardante singoli settori dell'ambiente. In esso vengono analizzate le sentenze ritenute più significative (riferite, ad esempio, ai casi n. C-233/00 e n. C-316/01 sul diritto all'informazione, o n. C-201/01 e n. C-87/02 sulla VIA).

Il lavoro si conclude con specifiche osservazioni sull'opportunità dell'utilizzo degli strumenti alternativi al «*command and control*», sull'esigenza di una maggiore cooperazione sovrastatale, sia a livello comunitario che internazionale, nonché sulla necessità di un elevato coinvolgimento dell'opinione pubblica, al fine di ottenere migliori risultati nella lotta contro il degrado ambientale.

Caterina Di Bianco*

* Dottore in Giurisprudenza.

RECENSIONI

Giuliano Amato, *Noi in bilico*, collana «*Saggi Tascabili*», Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 183, € 10,00

Nella collana «*Saggi Tascabili*» con il sottotitolo «*Inquietudini e speranze di un cittadino europeo*», compare il volume qui recensito, saggio di attualità dedicato al progetto di Costituzione europea (Roma, 29 ottobre 2004) reso nella forma dell'intervista.

In tale ampio quadro di riferimento, il volume consta di sei interessanti capitoli dedicati all'Europa e agli europei (pp. 3-36), alle loro istituzioni nella fase di passaggio dall'originario ordinamento comunitario ed unionistico a quello costituzionale (pp. 37-76).

L'opera si conclude con due articolati capitoli dedicati alla politica estera dell'Unione e al suo collocamento nel contesto globale, nonché al ruolo della sua economia in crisi post-industriale (pp. 77-116).

In epilogo alla trattazione (pp. 117-128) compare un'invocazione veramente singolare per un'Europa caratterizzata da una *leadership* finora inesistente, idonea a rafforzare i suoi attuali equilibri democratici in senso presidenzialistico (Presidente del Consiglio Europeo, della Commissione e del Consiglio dei Ministri).

I lettori di questa Rivista potranno apprezzare il taglio dell'opera, scritta da un *leader* di orientamento neocostituzionalista ed il suo contenuto critico nei confronti delle più tradizionali correnti della letteratura giuridica di matrice unionista e comunitarista.

L'Autore infatti si colloca in un'ottica globale rispetto alle tradizionali definizioni rivolte a decifrare la doppia anima integrazionista e comunitarista delle istituzioni europee. In tale sforzo ampiamente meritorio e – forse sotto-

valutato nei recenti dibattiti svolti sulle riviste giuridiche italiane – assume valore centrale la riforma progettata del sistema di governo europeo in chiave di *leadership* e democrazia. Non si può sottovalutare che solo grazie alla Costituzione si sono definiti i contorni di una forma di governo propria della democrazia europea, capace di coniugare i principi classici della rappresentanza e della partecipazione con altri legati al nuovo *welfare*, alla *governance* trasparente, ed infine al pluralismo delle istituzioni civili, culturali, etiche, religiose.

Trattasi pertanto di un'opera di taglio particolarmente vivace e attuale, tipico del mondo dello *ius publicum* europeo, all'interno del quale l'Autore riveste il privilegio dello studioso, dell'uomo politico, e dello statista di lungo corso.

Fondamentale appare quindi la sua riflessione attenta e critica, cadenzata nella forma dell'intervista condotta da F. Forquet (*Sole 24 Ore*), su di un'Europa che non riesce a prendere coscienza dell'importanza politica ed economica della sua Unione. Il libro passa in disamina i vari aspetti di questo delicato passaggio verso la creazione di una Costituzione europea che funga da impalcatura ormai necessaria per sorreggere il recente allargamento del numero degli Stati componenti. Amato avverte le difficoltà tecniche di coesione dell'Unione allargata, e avverte quel sentimento di sfiducia verso le istituzioni centrali che prende piede tra i cittadini europei, cercando di spiegare le cause che vi hanno dato origine. L'analisi parte quindi dalla psicologia delle recenti generazioni, sviscerandone la profonda diffidenza verso il cambiamento e tutto quello che è destinato a modificare gli assetti e le abitudini sedimentati, specialmente se il cambiamento va a incidere sui moduli lavorativi, esaltando la flessibilità e la conseguente precarietà. «Noi pecchiamo di doroteismo!», è l'affermazione dell'ex presidente del Consiglio. E il libero mercato, sempre più globale, non aspetta certo chi rimane arroccato tra le proprie mura, in difesa di interessi egoistici nazionali. L'idea di fondo che gli europei dovrebbero accettare è che l'Europa non è solo un modello di Stato federale che serve principalmente per la crescita economica dei singoli Stati componenti, ma è qualcosa di infinitamente più importante: è la risposta alla necessità di creazione di un "terzo polo" che riesca a tenere il passo con la superpotenza americana e all'incredibile, incalzante sviluppo di quella cinese. Il "*soft power*" europeo è qualcosa di diverso e migliore del potere duro, del "*super power*" americano, perché noi europei siamo geneticamente rispettosi delle diversità, delle culture e delle tradizioni dei popoli. Ma di questo "potere gentile" oggi, nel mondo, le tracce sono poche, e l'Europa deve far sentire maggiormente il suo peso, deve saper interpretare un ruolo attivo, liberandosi da quel "senso di colpa" per i disastri del passato che Amato vede come causa principale del non interventismo europeo. La seconda parte del libro è quindi dedicata all'illustrazione delle ragioni di tale convinzione, intervallata da curiosità e indi-

screzioni sui lavori di stesura della Carta e sulle personalità politiche che vi hanno concorso. In chiusura, è inserita un'appendice, con una selezione di dodici lettere scritte dal vicepresidente della Convenzione pubblicate sul *Sole 24 Ore*, suddivise per cinque grandi argomenti, in approfondimento ad alcuni dei temi principali trattati nell'intervista.

Vincenzo Russo

Stéfanie Mail-Fouilleul, *Les dépens dans le contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 568, € 92,00

Nonostante l'importanza delle problematiche relative al regime delle spese generali nel contenzioso comunitario, molto rari sono i contributi dottrinali ad esse consacrati.

Questa scarsità di apporti dottrinali è dovuta principalmente alle difficoltà di analizzare la giurisprudenza europea nella sua completezza per poter offrire una guida utile per i giuristi che operano davanti alle giurisdizioni comunitarie e per gli studiosi della materia.

Seguendo fedelmente l'indirizzo della collezione «*Pratique du droit communautaire*», il volume qui recensito intende rispondere in maniera esaustiva sia ai quesiti di ordine pratico sia a quelli di ordine teorico che interessano da vicino operatori e studiosi. A tale scopo sono stati riportati, sotto forma di tabelle, riferimenti concreti che permettono di identificare immediatamente gli orientamenti giurisprudenziali finora seguiti.

A completamento delle informazioni fornite, vengono riportate note dettagliate a piè di pagina che sottolineano, chiarendole, tutte le sfumature della giurisprudenza comunitaria, particolarmente ricca in questa materia.

Con il precipuo scopo di aiutare i lettori nella ricerca rapida di ciò che interessa, il volume è stato suddiviso nelle seguenti sette parti tematiche, ciascuna autonoma rispetto alle altre: I. Le obbligazioni che incombono alle giurisdizioni comunitarie; II. La ripartizione «normale» delle spese ad opera delle giurisdizioni comunitarie; III. La ripartizione delle spese in caso di modifica del contesto cui l'istanza si riferisce; IV. La ripartizione delle spese nel contenzioso della funzione pubblica; V. La ripartizione delle spese in presenza di situazioni particolari; VI. Riassunti pratici della ripartizione delle spese nel quadro dei principali ricorsi; VII. La tassazione delle spese.

Per concludere, il volume può essere di sicura utilità per gli operatori professionisti e per gli studiosi.

Enrica Adobati

GIOVANNI MARIA UBERTAZZI (1919-2005)

Il 26 settembre 2005 è mancato il Professor Giovanni Maria Ubertazzi, direttore di questa rivista. Il Professor Ubertazzi faceva parte della direzione della rivista con l'avvocato Antonio Astolfi, fondatore della medesima, quando ancora si chiamava «Il diritto negli scambi internazionali», divenendone successivamente il direttore.

Fu proprio il Professor Ubertazzi, prevedendo gli importanti sviluppi del diritto comunitario che, con felice intuizione, ha proposto nel 1975 di cambiare il nome originario della rivista in quello attuale: «Diritto comunitario e degli scambi internazionali».

In effetti, il diritto comunitario, che a partire dagli anni '70 era divenuto oggetto di studi sempre più numerosi ed attenti, non poteva non suscitare l'interesse scientifico di un internazionalista come il Professor Ubertazzi che nel corso della sua formazione accademica aveva avuto modo di approfondire tanto il diritto internazionale pubblico quanto il diritto internazionale privato, ai quali il diritto comunitario appariva agli inizi strettamente legato.

L'approfondimento del diritto comunitario, dimostrato dai numerosi contributi scientifici apparsi su importanti riviste giuridiche italiane e straniere, ha pure consentito al Professor Ubertazzi di ampliare i propri interessi professionali estendendo l'ambito dell'attività legale specialistica anche ai vari settori disciplinati dalla normativa europea.

Nel contempo, l'interessamento per le materie comunitarie gli ha consentito di assumere diverse iniziative in campo accademico e scientifico che hanno consigliato e reso possibile la sua nomina a Presidente del CISDCE di Milano (Centro Internazionale di Studi e Documentazione sulle Comunità Europee).

La specializzazione in diritto comunitario è stata inoltre perfezionata in ambito accademico presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Parma nella quale il Professor Ubertazzi, dopo aver insegnato a Cagliari, è stato per vari anni ordinario di Organizzazione internazionale, prima di essere chiamato all'Università Cattolica di Milano a ricoprire la prestigiosa cattedra di diritto internazionale che fu di Giorgio Balladore Pallieri, del quale egli era stato giovanissimo allievo.

All'Università Cattolica, il Professor Ubertazzi ha avuto modo, per diversi anni, di curare l'organizzazione delle tradizionali «Tavole Rotonde di diritto comunitario», ideate alla fine degli anni '60 da Giuseppe Biscottini.

L'esperienza acquisita nei diversi settori del diritto ai quali aveva dedicato le proprie ricerche e i propri studi, unita ad una spontanea curiosità intellettuale che lo portava a coltivare sempre nuovi interessi, lo ha spinto, nella seconda metà degli anni '80, a studiare in modo approfondito anche le problematiche relative all'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Da questo interesse è scaturita l'idea di organizzare ogni anno, a partire dal 1986, i «Seminari sui diritti dell'uomo» che il Professor Ubertazzi, come direttore dell'Istituto di studi internazionali dell'Università Cattolica, ha sistematicamente affiancato alle menzionate Tavole Rotonde di diritto comunitario, anch'esse con cadenza annuale.

Il successo di questa iniziativa lo ha alla fine convinto a fondare la «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», espressamente dedicata allo studio della Convenzione dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo.

Lo studio dei diritti dell'uomo ha consentito al Professor Ubertazzi di rivolgere negli anni '80 il suo interesse scientifico ad una materia che soltanto in seguito avrebbe acquisito una notevole rilevanza anche sotto il profilo pratico e sostanziale. Il suo intuito, come già era avvenuto per il diritto comunitario, lo aveva portato, anche in questo caso, a precorrere i tempi.

Questa rapida biografia intellettuale vuole fornire il profilo dello studioso il quale, oltre che alla ricerca in sede accademica, ha dedicato la sua attenzione ad individuare, nei cambiamenti in atto, anche le implicazioni concrete, particolarmente frequenti e vigorose nelle materie internazionalistiche.

Vuole anche essere il ricordo di un uomo la cui vivacità di intelletto e signorilità nei modi ho potuto apprezzare durante il lunghissimo periodo della nostra collaborazione ed assidua frequentazione.

Fausto Capelli

ARTICOLI

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NEL DIRITTO DELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO*

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *Tesi sul rapporto fra principio di precauzione e diritto dell'OMC* - 3. *Il principio di precauzione nella prassi dei Membri dell'OMC* - 4. *Il rapporto fra principio di precauzione e diritto dell'OMC nelle decisioni dei panel e dell'Organo d'appello* - 5. *Il principio di precauzione in relazione alla tecniche di bilanciamento fra interessi antagonisti impiegate dai panel e dall'Organo d'appello* - 6. *Il principio di precauzione come norma di garanzia a fronte di un penetrante sindacato sul "fondamento scientifico" delle barriere commerciali* - 7. *Incertezza scientifica e rischio rilevante: i "confini" del principio di precauzione* - 8. *Relatività del requisito del fondamento scientifico* - 9. *Principio di precauzione e regole decisionali in caso di situazioni di incertezza scientifica. a. La regola della minoranza qualificata* - 10. *Segue: b. la regola della estrapolazione conservativa* - 11. *Principio di precauzione e misure restrittive adottate a titolo provvisorio* - 12. *Il problema della "specificità" dei dati scientifici richiesti per giustificare una misura restrittiva* - 13. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Originariamente affermatosi nell'ambito della cooperazione internazionale finalizzata alla prevenzione dell'inquinamento marino¹, il principio di pre-

* La versione originale di questo scritto è stata presentata al Convegno di studi «Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario» (Modena, 30 novembre 2001). Il testo qui pubblicato, che riproduce la versione originale aggiornata al 1° novembre 2004, è in corso di stampa anche negli atti del convegno, a cura di A. BIANCHI - M. GESTRI (Milano, Giuffrè, 2006).

¹ Vedi, ad esempio, *Declaration of the Second International North Sea Conference on the Protection of the North Sea* (Londra, 25 novembre 1987), riprodotta in D. FREESTONE - T. ILLSTRA, *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional and Environmental Co-operation*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 3. Sulle origini del principio di precauzione, si vedano, in particolare, D. FREESTONE

cauzione è stato consacrato all'inizio dello scorso decennio dalla Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, alla quale si deve, peraltro, la più celebre delle sue definizioni: «In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation»².

Benché il noto «Principio 15» conviva ormai con una miriade di definizioni più o meno simili e d'estrazione assai varia – se ne possono rinvenire nella prassi convenzionale, negli atti delle organizzazioni internazionali, nelle dichiarazioni di organizzazioni non governative³ – in questa sede lo si utilizzerà, senza ulteriori cautele, come espressione di un particolare "paradigma precauzionale". All'interno di questo paradigma, il principio di precauzione è concepito come potenziale fonte di *obblighi*: se sussistono determinate condizioni, i destinatari del principio devono porre in essere misure di tutela nonostante sia incerta l'esistenza o la caratterizzazione del pericolo ambientale da prevenire. Nella disciplina del commercio internazionale, invece, lo stesso principio si declina come norma attributiva di *facoltà*, e come tale è invocato per giustificare barriere commerciali poste a presidio della salute o dell'ambiente⁴.

Questa duplice prospettiva sul principio di precauzione è stata efficacemente sintetizzata da OLIVIER GODARD: «il peut être justifié (*version faible*) ou il est impératif (*version forte*), de limiter, encadrer, ou empêcher certaines

- E. HEY, *Origin and Development of the Precautionary Principle*, in ID. (a cura di), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 3; N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 36-66; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, Kluwer, 2002, pp. 7-31.

² I lavori della Conferenza si sono conclusi con l'adozione della nota «Dichiarazione di Rio», il cui testo è riprodotto in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 875. Il principio di precauzione figura nella Dichiarazione come «Principio 15». Per un commento alla definizione riportata nel testo, v. T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, *ivi*, 1992, p. 699. Sul valore giuridico degli atti scaturiti dalla Conferenza di Rio, v. S. MARCHISIO, *Gli Atti di Rio nel diritto internazionale*, *ivi*, 1992, p. 581; nonché P. W. BIRNIE - A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 82.

³ Per un ampio inventario delle "versioni" del principio di precauzione rinvenibili nella prassi convenzionale e negli atti delle organizzazioni internazionali si rinvia a A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, *cit. supra*, nota 1. Tra le definizioni elaborate da organizzazioni non governative, la più fortunata è probabilmente quella approvata nel 1998 dalla c.d. "Wingspread Conference", organizzata da Science and Environmental Health Network (vedila in C. RAFFENSPERGER - J. TICKNER, *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Washington, Island Press, 1999, pp. 353-354).

⁴ Il principio di precauzione rileva in rapporto all'esercizio di una facoltà nel Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, artt. 10.6 ed 11.8, nei lavori della Commissione del Codex alimentarius (cfr. *Proposed Draft Working Principles for Risk Analysis* (ALINORM 01/33, Appendix III), in <http://www.codexalimentarius.net>), nonché nell'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 (in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1).

actions potentiellement dangereuses sans attendre que ce danger soit scientifiquement établi de façon certaine»⁵. Nel prosieguo si utilizzerà questa terminologia per indicare il principio di precauzione inteso come fonte d'obblighi ovvero come norma che opera in relazione alla facoltà di derogare ai principi del libero commercio.

La distinzione appena tracciata comporta conseguenze d'ordine sia teorico che pratico. La dottrina ha spesso evidenziato, nella definizione del principio di precauzione *version forte*, alcuni *elementi di indeterminazione*, la cui presenza impedirebbe di dedurre dal medesimo principio contenuti immediatamente precettivi⁶. Tali elementi coincidono con due delle condizioni che devono essere soddisfatte affinché un certo comportamento possa dirsi imposto dal Principio 15: innanzitutto, il comportamento non deve tradursi in un onere sproporzionato rispetto ai benefici da esso attesi; tale valutazione, inoltre, deve compiersi alla luce del principio dell'equità intragenerazionale, in virtù del quale, com'è noto, in materia di protezione ambientale, i soggetti dell'ordinamento sono più o meno "responsabili" a seconda delle rispettive necessità di sviluppo⁷. Secondo un'autorevole dottrina, la formulazione del Principio 15 è troppo elastica per poterne ricavare un qualsiasi obbligo concreto⁸. Ma a prescindere dalla fondatezza di tale rilievo, in questa sede basterà osservare che, non appena si transita dalla versione "forte" (obbligatoria) del principio di precauzione, a quella "debole" (facoltativa), il problema indicato scompare e ne emergono altri di natura assai diversa. Tra questi, il principale consiste nel sapere se una misura restrittiva del commercio sia o meno sorretta da un fondamento scientifico sufficiente. La presente indagine tenta di risolverlo mediante l'individuazione di criteri che permettano di distinguere l'esercizio legittimo di una facoltà da comportamenti in un certo senso arbitrari e quindi illeciti.

Gli Accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) non contengono alcun riferimento al principio di precauzione. Inoltre, i *panel* e l'Organo d'appello hanno ritenuto superfluo dirimere la questione dell'appartenenza di tale principio al diritto internazionale generale, atteggiamento che, come si dirà, avvalorava indirettamente la tesi qui sostenuta: che il principio di

⁵ *Introduction générale*, in O. GODARD (a cura di), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1997, p. 25.

⁶ In questo senso, fra gli altri, P. W. BIRNIE - A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, cit. supra, nota 2, p. 115; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Le principe de précaution: nature, contenu et limites*, in C. LEBEN - J. VERHOEVEN (a cura di), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 65, in particolare pp. 71-85.

⁷ In tema, si veda P. SANDS, *International Law in the Field of Sustainable Development*, in *British Yearbook of International Law*, 1994, p. 303.

⁸ Così P. W. BIRNIE - A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, cit. supra, nota 2, p. 119.

precauzione *version faible* è intrinseco alla disciplina del commercio internazionale. La tesi non è inedita, anche se, finora, non ha goduto di particolare fortuna in dottrina. In questa sede si tenterà dapprima di confermarne la validità – facendo riferimento non solo ai testi giuridici rilevanti ed alle decisioni dei *panel* e dell'Organo d'appello, ma anche alla prassi dei Membri dell'OMC – per poi trarre le necessarie implicazioni circa il ruolo che il principio di precauzione è chiamato a svolgere in sede contenziosa a fronte di un sindacato sempre più incisivo sul fondamento scientifico delle barriere commerciali poste a tutela della salute o dell'ambiente.

Partendo da un'analisi dettagliata della prassi emersa in sede contenziosa, si proporrà una ricostruzione dei criteri e delle regole decisionali applicabili per disporre di situazioni di "incertezza scientifica", criteri e regole che potranno intendersi come concretizzazioni del principio di precauzione operante nell'ambito dell'OMC. La ricostruzione è preceduta ed integrata da una critica della nozione di «incertezza scientifica», comunemente impiegata per descrivere significato e portata del principio di precauzione. Tale nozione, infatti, se intesa secondo il suo significato ordinario, risulta applicabile ad un insieme indefinito di situazioni, quindi insidiosa: per quanto l'esperienza sembra confermare che un determinato rischio non sussiste, rimane sempre possibile assegnare un valore probabilistico diverso da zero alla predizione che il medesimo rischio si avveri⁹. Se si vuole evitare che il principio di precauzione agisca come matrice di pretese inconfutabili, è quindi necessario individuare un modo per circoscriverne la portata.

La presente indagine tralascia gli aspetti dinamici della *probatio*¹⁰, per

⁹ Sull'impossibilità di giustificare razionalmente previsioni assolute circa il verificarsi di eventi futuri, v. R. FESTA, *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, in G. GIORELLO (a cura di), *Introduzione alla filosofia della scienza*, 2^a ed., Milano, Bompiani, 1999, p. 283. Sul problema dell'induzione in generale, v. G. BONIOLO - P. VIDALI, *Filosofia della scienza*, Milano, Bruno Mondadori, 1999, p. 220 ss.

¹⁰ Nel contenzioso dell'OMC, la dinamica probatoria varia a seconda delle norme sostanziali applicabili nel caso di specie. Nell'ambito del GATT, in virtù del principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, spetta al convenuto l'onere di dimostrare che la misura restrittiva è *prima facie* supportata da elementi scientifici sufficienti. Si ritiene infatti che il convenuto, invocando le eccezioni di cui all'art. XX GATT, si avvalga di una «*affirmative defence*». In questo caso, l'adempimento dell'onere si traduce in una presunzione semplice in favore del convenuto (in questo senso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* («*ECs – Asbestos*»), Report of the Panel, WT/DS135/R (18 settembre 2000), par. 8.166-8.183). La particolare "struttura" degli Accordi SPS e TBT detta una dinamica probatoria inversa. Ciò accade perché le norme di tali Accordi non sono del tutto inquadrabili nella logica antidiscriminatoria tipica del GATT, ma estendono il loro raggio d'azione a qualsiasi misura suscettibile di incidere sugli scambi commerciali (cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 199 ss. e p. 208 ss.); spetta quindi all'attore l'onere di provare, ancora una volta *prima facie*, che il convenuto agisce in violazione di tali norme, tra le quali figura il requisito del fondamento scientifico (cfr. *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products* («*ECs – Hormones*»), Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (16 gennaio 1998), par. 97-109). Per l'analisi della nozione di *prima facie evidence* (o *commencement de preuve*), autentico fulcro della dinamica probatoria, si rinvia agli scritti di V. WALKER, *Keeping the WTO from becoming the "World Trans-science Organization"*: *Scientific Uncertainty, Science Policy, and Fact-finding in the Growth Hormones Dispute*, in Cornell

concentrarsi sul requisito del fondamento scientifico in quanto condizione sostanziale della liceità di una misura restrittiva posta a tutela della salute o dell'ambiente. La prospettiva sarà dunque statica e focalizzata sulla nozione di «prova scientifica sufficiente», la prova che, sotto il profilo che qui interessa, pone la pretesa del convenuto al riparo da qualsiasi contestazione.

2. Tesi sul rapporto fra principio di precauzione e diritto dell'OMC

La tesi qui sostenuta può essere enunciata nei seguenti termini: il principio di precauzione, inteso nella sua versione "debole" o facoltativa, è deducibile da un principio strutturale del diritto dell'OMC, secondo il quale i Membri dell'organizzazione possono, nell'adottare provvedimenti a tutela della salute o dell'ambiente, attenersi ad un livello di protezione da essi individualmente e liberamente scelto.

Il principio è enunciato esplicitamente nei testi giuridici che rilevano ai fini della presente indagine. Il preambolo dell'Accordo TBT riconosce a ciascun Membro «il diritto di adottare, entro i limiti che ritiene adeguati, tutte le misure necessarie ad assicurare (...) la tutela della salute o della vita delle persone nonché del mondo animale e vegetale [e] la protezione dell'ambiente»¹¹. Nell'Accordo SPS, ancora una volta nel preambolo, si legge che l'armonizzazione degli *standard* sanitari e fitosanitari si persegue mediante un processo di adesione volontaria agli stessi; deve avvenire, cioè, «senza imporre ai Membri di modificare il livello di protezione della vita o della salute dell'uomo, degli animali o dei vegetali da essi ritenuto appropriato»¹². Infine, anche se non compare nel relativo testo, il principio in parola è applicabile anche nel quadro del GATT, è ciò in virtù di una prassi interpretativa ormai consolidata: nel caso *ECs – Asbestos*, ad esempio, l'Organo d'appello ha affermato che è «undisputed that WTO Members have the right to determine the level of pro-

International Law Journal, 1998, p. 251; J. PAUWELYN, *Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement: Who Bears the Burden?*, in *Jour. Internat. Econ. Law*, 1998, p. 227; J. CAZALA, *Principe de précaution et procédure devant le juge international*, in C. LEBEN - J. VERHOEVEN, *Le principe de précaution*, cit. *supra*, nota 6, p. 152.

¹¹ Così nella versione italiana ufficiosa, in *Guce* n. L 336 del 23 dicembre 1994, p. 86.

¹² *Ibidem*, p. 40. L'art. 3.3 dello stesso Accordo ripete il concetto in modo pressoché identico: «I membri possono introdurre o mantenere misure sanitarie o fitosanitarie che comportino un livello di protezione (...) più elevato di quello che si otterrebbe con misure basate sulle pertinenti norme, direttive o raccomandazioni internazionali, (...) in funzione del livello di protezione (...) che essi considerano appropriato (...)» (*ibidem*, p. 41). Non sembrano dunque condivisibili le osservazioni di F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart, 2004, p. 468, secondo il quale l'Accordo SPS, a differenza dell'Accordo TBT, non riconoscerebbe esplicitamente il principio di autodeterminazione del livello di tutela; e di N. NOTARO, *Judicial Approaches to Trade and Environment – The EC and the WTO*, London, Cameron May, 2003, p. 245, secondo il quale «the SPS Agreement (...) seems to oppose an insurmountable obstacle to national SPS measures, unless they are the implementation of international standards» (a sostegno, l'A. cita anche l'art. 3.3 SPS).

tection of health that they consider appropriate in a given situation»¹³.

Ma se, in virtù di una regola che per brevità può definirsi *principio di autodeterminazione del livello di tutela*, la scelta del livello di protezione da parte dei Membri è libera, l'opzione precauzionale non può non rientrarvi¹⁴. La tesi, appena enunciata, sembrerebbe dunque già dimostrata.

Come si vedrà nel prosieguo, l'esistenza del legame appena descritto fra versione "debole" del principio di precauzione e disciplina del commercio internazionale risulta ampiamente confermata dalla prassi dei Membri dell'OMC, nonché dalle decisioni dei *panel* e dell'Organo d'appello¹⁵. Tuttavia, essa può trovare immediato riscontro persino sul piano logico. Alla tesi qui sostenuta, in effetti, si potrebbe opporre una diversa interpretazione del principio di autodeterminazione del livello di tutela, così formulata: i Membri dell'OMC sono liberi di stabilire individualmente il livello di protezione che ritengano adeguato, a patto che tale determinazione avvenga sulla base di elementi scientifici incontrovertibili¹⁶. L'obiezione è tuttavia superabile. Si consideri, infatti, la situazione di un Membro cui sia nota un'ipotesi scientifica che lascia supporre l'esistenza di un rischio. Qualora si tratti di un'ipotesi controversa, il soggetto sarebbe, secondo l'obiezione, costretto a subire passivamente il rischio; ma ciò significherebbe obbligarlo ad optare per un livello di protezione inferiore a quello che avrebbe potuto scegliere assente il vincolo normativo del "sapere incontrovertibile", postulato dall'obiezione. Quest'ultima, pertanto, senza appigli testuali, contraddice il principio che pretende di interpretare.

Prima di verificare se la tesi qui esposta trovi o meno conferma nella prassi dei Membri dell'OMC, è necessario esplicitare alcune considerazioni sul rapporto tra le due versioni – obbligatoria e facoltativa – del principio di precauzione. Anche se entrambe alludono a norme di condotta applicabili in situazioni di incertezza scientifica, tra esse non sussistono connessioni di rilievo sul piano strettamente normativo. Dalle condizioni cui è subordinato, ai sensi del Principio 15, l'insorgere di un obbligo di tutela – secondo tali condizioni, lo si ricorda, il danno temuto deve essere grave o irreversibile, mentre le misure intese a prevenirlo sono richieste solo se non comportano, anche alla luce del principio dell'equità intragenerazionale, costi sproporzionati rispetto ai benefici attesi – non può dedursi nulla a proposito dei limiti cui soggiace l'esercizio della facoltà prevista dalla versione "debole" del principio di

¹³ Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R (12 marzo 2001), par. 168.

¹⁴ Una tesi analoga è stata avanzata dalla Comunità europea nel corso di un dibattito sul principio di precauzione tenutosi in seno all'OMC. Come si vedrà (*infra*, par. 3), la tesi non è universalmente condivisa.

¹⁵ Si vedano, in particolare, il par. 3, per la prassi dei membri dell'OMC, ed i par. 4, 7, 9 e 10, per la prassi dei *panel* e dell'Organo d'appello.

¹⁶ L'obiezione è stata effettivamente avanzata da taluni Stati in seno all'OMC. V. *infra*, par. 3.

precauzione. Alla luce del principio di autodeterminazione del livello di tutela, che sottende la versione "debole", il problema del rapporto costi-benefici diventa, infatti, una questione puramente interna al soggetto che decide di adottare il provvedimento precauzionale. Allo stesso modo, la condizione dell'equità intragenerazionale, che nell'ambito della versione "forte" del principio suscita complicati interrogativi sui precetti ricavabili dalla nozione di sviluppo sostenibile¹⁷, non ha alcun senso in relazione ad una norma che attribuisce una mera facoltà di agire a tutela della salute o dell'ambiente. Infine, nemmeno la condizione relativa alla gravità o all'irreversibilità del danno temuto può automaticamente considerarsi un limite imposto all'esercizio di detta facoltà: in questo contesto, infatti, tale condizione va intesa non tanto come parametro obiettivo, ma come funzione del livello di protezione liberamente scelto dal soggetto che pone in essere la tutela¹⁸.

Se si ammette la sostanziale autonomia tra le due versioni del principio, si deve anche rivisitare l'impostazione dottrinale secondo cui lo stesso, non essendo espressamente richiamato dagli Accordi dell'OMC, rileva nell'ambito della disciplina del commercio internazionale solo nella misura in cui può considerarsi, ai sensi dell'art. 31.3(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, «regola di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti»; una norma esterna al sistema, insomma, di cui si enfatizza soprattutto la funzione interpretativa¹⁹, e tanto più influente in quanto sia possibile attribuirle, oltre allo *status* di norma convenzionale²⁰, quello di consuetudine generale. Questa impostazione può condurre a valutazioni erranee se, come talvolta accade, identifica la norma esterna pertinente col principio di precauzione "obbligatorio"²¹. Se si muove da una simile premessa, si rischia infatti di ignorare

¹⁷ Cfr. A. EPINEY - M. SCHEYLI, *Le concept de développement durable en droit international public*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1997, p. 247.

¹⁸ *Contra* M. MONTINI, *Il principio di necessità ambientale come criterio di bilanciamento fra commercio internazionale e protezione dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, p. 137, a p. 160. Sul punto si tornerà commentando la decisione dell'Organo d'appello relativa al caso *ECs - Hormones* (v. *infra*, par. 9).

¹⁹ In questo senso si vedano, in particolare, E. HEY, *Considerations Regarding the Hormones Case, the Precautionary Principle and International Dispute Settlement Procedures*, in *Leiden Journal of International Law*, 2000, p. 239, a p. 244; C. NOUVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire*, in *Journ. dr. int.*, 2000, p. 263, a p. 268; M. MONTINI, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 45; N. DE SADELEER, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 349; 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, a pp. 66-69.

²⁰ Cfr. E. RIGHINI, *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 654; nonché C. HUTCHINSON, *International Environmental Law Attempts to be "Mutually Supportive" with International Trade Law: A Compatibility Analysis of the Cartagena Protocol to the Convention on Biological Diversity with the World Trade Organisation Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, in *Journal of International Wildlife Law and Policy*, 2001, p. 1.

²¹ Com'è noto, l'appartenenza di quest'ultimo al diritto internazionale consuetudinario è al-

la prassi immediatamente rilevante per una ricostruzione del ruolo che il principio di precauzione, questa volta inteso nella sua versione facoltativa, può e deve assumere nel diritto dell'OMC²². In dottrina²³ si è ad esempio sostenuto

quanto controversa. Nel periodo antecedente la Conferenza di Rio la dottrina ha espresso in proposito uno scetticismo quasi unanime (fra gli altri, L. GÜNDLING, *The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action*, in *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1990, p. 23; A. NOLLKAEMPER, *The Precautionary Principle in International Environmental Law: What's New Under the Sun?*, in *Marine Pollution Bulletin*, 1991, p. 107; D. BODANSKY, *New Developments in International Environmental Law*, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, p. 415; P. W. BIRNIE - A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 98; contra E. HEY, *The Precautionary Principle in Environmental Policy and Law: Institutionalizing Caution*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 1992, p. 303). È stata la solenne proclamazione del «Principio 15» ad offrire un'importante sponda alle opinioni favorevoli, riequilibrando così gli opposti schieramenti. Parte della dottrina identifica infatti nella Conferenza di Rio l'evento che ha completato il processo di cristallizzazione del principio di precauzione in norma consuetudinaria (v., ad esempio, J. CAMERON, *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, in T. O'RIORDAN - J. CAMERON (a cura di), *Interpreting the Precautionary Principle*, London, Earthscan, 1994, p. 263; O. MCINTYRE - T. MOSEDALE, *The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law*, in *Journal of Environmental Law*, 1997, p. 221). Talvolta l'analisi dei dati ricavabili dalla prassi non appare sufficientemente rigorosa, considerazione che vale soprattutto per i fautori della tesi affermativa (sembra questo il caso di J. CAMERON - J. ABOUCHAR, *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, in D. FREESTONE - E. HEY, *The Precautionary Principle*, cit. supra, nota 1, p. 29). Ma anche la tesi avversa è sostenuta con argomenti non sempre appaganti, come quello che fa leva sull'assenza di una definizione comune del principio di precauzione nella prassi convenzionale (in questo senso, tra gli altri, P.-M. DUPUY, *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?*, in *Revue générale de droit international public*, 1997, p. 873) o quello che, ammessa l'esistenza di un'espressione comune del principio, la reputa troppo imprecisa per essere sorretta da un'autentica *opinio juris* (ancora P.-M. DUPUY, *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, in C. LEBEN - J. VERHOEVEN, *Le principe de précaution*, cit. supra, nota 6, p. 95 ss.; nonché L. LUCCHINI, *Le principe de précaution en droit international de l'environnement: ombres plus que lumières*, in *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 710). A tali argomenti si è replicato che sia le discrepanze visibili nella prassi convenzionale sia la vaghezza di alcuni concetti espressi dal principio di precauzione descrivono uno spazio fluido, all'interno del quale è individuabile perlomeno un nucleo giuridicamente rilevante (così A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, cit. supra, nota 1, p. 245; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law, I: Frameworks, Standards and Implementation*, Manchester, Manchester University Press, 1995, pp. 212-213, secondo il quale l'imprecisione rilevata non incide sulla validità del principio in quanto norma giuridica, ma deve piuttosto essere considerata al momento dell'interpretazione e dell'applicazione dello stesso; in senso analogo anche P. W. BIRNIE - A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, cit. supra, nota 2, i quali, mutando opinione rispetto alla prima edizione del loro manuale, sostengono che la prassi è ormai sufficiente per affermare che il principio di precauzione «does have a legally important core on which there is international consensus»).

²² Indagando il rapporto tra principio di precauzione e regole dell'OMC, parte della dottrina si è opportunamente sottratta alla disputa sulla natura consuetudinaria del principio di precauzione *version forte*. Si veda, ad esempio, G. MARCEAU, *Le principe de précaution et les règles de l'Organisation mondiale du commerce*, in C. LEBEN - J. VERHOEVEN, *Le principe de précaution*, cit. supra, nota 6, p. 131, la quale, dopo essersi pronunciata a favore della tesi negativa, scorge, nella recente prassi dei *panel* e dell'Organo d'appello dell'OMC, la presenza di «certains éléments ou composantes d'un certain principe de précaution» (p. 148, corsivo aggiunto). Nella ricostruzione dell'A., il "simulacro" (qui il Principio 15 agisce forse come implicita pietra di paragone) corrisponde grosso modo, sotto il profilo dei contenuti normativi, alla "versione debole" del principio. In senso analogo, C. NOVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce*, cit. supra, nota 19, p. 272, quando considera possibile una riconciliazione fra principio di precauzione e regole dell'OMC. H. RUIZ FABRI, *La prise en compte du principe de précaution par l'OMC*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spécial, p. 55, illustra in modo convincente la «incorporation en substance» o la «présence» del principio di precauzione nel diritto dell'OMC, alla luce della prassi dei *panel* e dell'Organo d'appello. In un ambito diverso, riconosce l'esistenza di

che, fino a quando gli Stati, come sempre in passato, reagiranno nei modi più diversi dinanzi a rischi identici o comparabili, la prassi non potrà dirsi abbastanza uniforme per dar vita ad una norma consuetudinaria di contenuto corrispondente o analogo al principio di precauzione²⁴; dalla medesima variabilità comportamentale si è altresì desunta l'assenza dell'indispensabile *opinio juris sive necessitatis*: l'incoerente discrezionalità con cui gli Stati pongono in essere misure precauzionali testimonierebbe l'assenza di qualsivoglia sentimento di obbligatorietà associato al compimento di tali atti²⁵. Da ciò conseguirebbe, quale regola generale, l'inopponibilità del principio di precauzione nel quadro della disciplina del commercio internazionale²⁶. Procedendo in tal modo, tuttavia, non si vede che l'assenza di uniformità nella prassi è interpretabile non solo come riflesso di una diffusa convinzione secondo cui determinati comportamenti non sono dovuti in base alla versione "forte" del principio di precauzione, ma può dipendere innanzitutto da autonome decisioni dei soggetti in merito all'opportunità di esercitare, a seconda delle circostanze, la *facoltà* che la versione "debole" del principio attribuisce loro²⁷.

Quanto al metodo di rilevazione della prassi, l'impostazione descritta può tradursi in un errore di prospettiva: l'attenzione dell'interprete si focalizza sulle *azioni* che i soggetti intraprendono in presenza di un rischio; ma se è ve-

forme autonome del principio di precauzione R. WOLFRUM, *Precautionary Principle*, in J.-P. BEURIER - A. KISS - S. MAHMOUDI (a cura di), *New Technologies and the Law of the Marine Environment*, The Hague, Kluwer, 2000, p. 209. Secondo l'A., l'ordinanza cautelare emessa dal Tribunale internazionale per il diritto del mare nel caso *Southern Bluefin Tuna* (27 agosto 1999) dimostra che «the precautionary principle can be applied in a meaningful way without being codified and without deciding that the principle constitutes international customary law» (p. 211). Si veda inoltre, allegata all'ordinanza citata, l'opinione separata del giudice T. TREVES, il quale considera «the precautionary approach (...) as a logical consequence of the need to ensure that, when the arbitral tribunal decides on the merits, the factual situation is not changed» (corsivo aggiunto). Il testo dell'ordinanza citata è reperibile sul sito <http://www.un.org/it/los>.

²³ M. IYNEDJIAN, *Le principe de précaution en droit international public*, in *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 2000, p. 247

²⁴ Lo stesso argomento spinge l'A. a concludere che il principio di precauzione nemmeno può dirsi principio generale di diritto ai sensi dell'art. 38(1)(c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia: «les divergences concernant la façon d'appréhender et d'appliquer le principe de précaution sont telles (...) qu'il est impossible (...) de parler d'un principe de précaution commun à la plupart des nations de notre planète» (*ivi*, p. 254).

²⁵ *Ivi*, p. 253.

²⁶ V., per analogia, il celebre *dictum* contenuto nella sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale relativa al caso *Lotus (Francia c. Turchia)*, in *Publications de la Cour permanente de justice internationale*, série A, n. 10, p. 4, a p. 28 («Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué par l'agent du Gouvernement français, il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir se s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale»).

²⁷ M. IYNEDJIAN ribadisce le sue conclusioni in *L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires: une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 171-173; tuttavia, dopo aver affermato che il principio di precauzione, *in quanto tale*, non può interferire con l'applicazione dell'Accordo SPS, l'A. finisce per constatare, nel medesimo accordo, «la présence (...) d'un principe de précaution endogène» (p. 173).

ro che dall'osservazione di tali comportamenti possono desumersi indicazioni a proposito dello *status* giuridico del principio di precauzione "obbligatorio", è altrettanto vero che gli stessi fenomeni nulla rivelano circa la posizione dei soggetti in rapporto alla versione facoltativa del medesimo. Sotto il profilo metodologico, dunque, l'interprete che voglia accertare lo *status* giuridico di quest'ultima, dovrà piuttosto concentrarsi sui comportamenti di tipo dichiaratorio riguardanti la relazione tra principio di precauzione e disciplina del commercio internazionale²⁸.

3. Il principio di precauzione nella prassi dei Membri dell'OMC

Prima di procedere all'indagine è opportuno precisarne meglio l'obiettivo ed i limiti. La ricognizione della prassi qui effettuata non mira ad accertare l'esistenza di una consuetudine particolare²⁹, e neppure quella di una prassi successiva con valenza interpretativa ai sensi dell'art. 31.3(b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati³⁰. Poiché si è già sostenuta la tesi secondo cui il principio di precauzione, inteso nella sua versione "debole", è una norma di carattere derivato, deducibile da un principio strutturale del diritto dell'OMC, sarebbe incoerente tentare di dimostrare che l'appartenenza di tale norma al sistema dipende, in realtà, da una prassi interpretativa o addirittura abrogativa. L'obiettivo della ricognizione consiste piuttosto nell'accertare se la tesi qui proposta, finora argomentata solo sul piano logico deduttivo, sia altresì corroborata dalla prassi. Quanto ai limiti dell'indagine, si noterà che la prassi citata è riferibile ad un numero ristretto di soggetti, ma anche proveniente da tutte le principali aree geografiche del pianeta. Sembra dunque possibile considerarla sufficiente per soddisfare il modesto obiettivo che la ricognizione si propone.

Gran parte della prassi qui esaminata emerge dal dibattito sul principio di precauzione avviatosi presso l'OMC su impulso di una comunicazione della Commissione europea interamente dedicata all'argomento³¹. Nella comunicazione si afferma che il principio riveste, nell'ordinamento internazionale, il

²⁸ Sulle dichiarazioni in quanto espressive di *opinio juris* e contemporaneamente appartenenti alla fenomenologia della prassi, v. M. AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1974-75, p. 1, nonché, da ultimo, M. H. MENDELSON, *The Formation of International Customary Law*, in *Recueil la Haye*, t. 272, 1998, p. 157, pp. 204-207.

²⁹ Sulla consuetudine particolare in quanto norma abrogativa di norme pattizie, v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6^a ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, p. 42.

³⁰ Sul tema v., per tutti, G. DISTEFANO, *La pratique subséquente des États parties à un traité*, in *Annuaire français de droit international*, 1994, p. 41.

³¹ Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione (COM(2000)1 final, 2 febbraio 2000). La comunicazione è accolta favorevolmente in una risoluzione del Consiglio dell'Unione europea sul principio di precauzione (Allegato III delle conclusioni del Consiglio europeo di Nizza, 7-9 dicembre 2000).

rango di norma consuetudinaria o, in alternativa, è qualificabile come principio generale di diritto ai sensi dell'art. 38.1(c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Per corroborare tale affermazione, la Commissione menziona il Principio 15 della Dichiarazione di Rio, assieme ad altri "esemplari" del principio di precauzione *version forte*; ne deduce che la disciplina del commercio internazionale deve interpretarsi in modo ad esso conforme, nella misura in cui tra i due non sussistano incompatibilità insormontabili. Infine, la Commissione recide il nodo della possibile incompatibilità asserendo l'esistenza di un rapporto d'implicazione tra disciplina del commercio internazionale e principio di precauzione: i Membri dell'OMC sono liberi di scegliere individualmente il livello di protezione ambientale o sanitaria che ritengano adeguato, compreso, quindi, un livello di protezione "precauzionale"³².

La Comunità ha pertanto avanzato due tesi, l'una relativa alla versione "forte" del principio di precauzione, l'altra alla versione "debole". Entrambe sono state discusse nell'ambito di organismi specializzati dell'OMC dove tutti i Membri dell'organizzazione sono rappresentati. In queste sedi, tuttavia, solo due Membri, Norvegia e Svizzera, hanno manifestato un'adesione piena alle tesi comunitarie³³. La Comunità ha perciò mutato strategia: ha abbandonato il terreno della versione "forte", rivelatosi scivoloso a causa della diffusa riluttanza ad ammettere la natura consuetudinaria del principio di precauzione "obbligatorio"³⁴, e si è limitata ad asserire l'esistenza di un nesso fra versione facoltativa del principio e disciplina del commercio internazionale. Per dimostrare tale asserzione non è infatti necessario risolvere il rompicapo politico e giuridico della natura consuetudinaria del principio di precauzione *version forte*. Non a caso, la ridefinizione dell'oggetto del dibattito è stata immediatamente seguita da un avvicinamento delle rispettive posizioni. A questo proposito, la ricognizione della prassi rivela un dato molto significativo: la convergenza delle posizioni espresse dalle varie delegazioni sulla versione "debole" del principio avviene nonostante il loro disaccordo circa la natura consuetudinaria della versione "forte" dello stesso. Ad esempio, l'Australia, al contrario del Brasile, afferma l'esistenza di una consuetudine in materia; tuttavia, i due sono d'accordo nel ritenere che i Membri dell'OMC possano avvalersi del principio di precauzione per giustificare provvedimenti restrittivi degli scambi; che, in altre parole, la versione facoltativa del principio è implicita nella disciplina del commercio internazionale³⁵. Anche Messico ed Ar-

³² Cfr., in particolare, il par. 4 della Comunicazione sul principio di precauzione, p. 11

³³ Cfr. WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 13-14 February 2001*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/26, parr. 69 (Norvegia) e 84 (Svizzera). Tutti i documenti dell'OMC di seguito citati sono reperibili sul sito <http://www.wto.org>.

³⁴ Cfr. *ivi*, par. 87, dove si legge che, «although the EC [is] confident that the precautionary principle would be recognized as part of international law, this [is] not a problem at this stage».

³⁵ Cfr. *ivi*, parr. 67 (Australia) e 68 (Brasile). Il Brasile, in particolare, condivide l'affermazione

gentina dissentono circa lo *status* consuetudinario del Principio 15, eppure entrambi concedono che le regole dell'OMC «permit the application of (...) precautionary measures»³⁶.

Procedendo oltre, è interessante notare l'opinione dalla Malesia, per la quale «the WTO already accomodate[s] reasonable use of precaution»³⁷. Il richiamo alla necessità di sottoporre l'applicazione del principio di precauzione ad un criterio di ragionevolezza trova infatti riscontro nelle dichiarazioni di altri Stati, preoccupati che il principio possa mascherare obiettivi protezionistici. Esprimendo simili riserve, tuttavia, questi Stati si limitano a segnalare la persistenza di problemi connessi alla portata e alle modalità d'applicazione della versione "debole" del principio, ma non intendono affatto negare l'appartenenza di quest'ultima al diritto vigente³⁸. Considerazioni analoghe valgono per i Paesi in via di sviluppo, i quali, pur consapevoli che il deficit tecnologico di cui soffrono potrebbe complicare l'accesso dei loro prodotti a mercati dove vigono norme ambientali e sanitarie particolarmente rigorose, nondimeno difendono il diritto proprio ed altrui di adottare politiche precauzionali³⁹.

Potrebbe invece apparire ambiguo, almeno a prima vista, l'atteggiamento del Giappone. Convenuto in giudizio perché intenzionato ad autorizzare la cattura di una specie ittica a rischio d'estinzione in quantità superiori a soglie precauzionalmente definite, nel corso del procedimento cautelare svoltosi dinanzi al Tribunale internazionale per il diritto del mare, il Giappone ha dichiarato quanto segue: «there is serious doubt that [the precautionary princi-

della Comunità secondo cui il principio di precauzione è implicito negli artt. XX GATT, 5.7 SPS e 2.2 TBT. I delegati di Brasile ed Australia, semmai, contestano la posizione comunitaria là dove pretende che gli organi dell'OMC tengano in maggior considerazione il principio di precauzione.

³⁶ Come afferma il delegato argentino (*ivi*, par. 82). Per la posizione del Messico, *ivi*, par. 78 («A Member [is] free to apply the precautionary principle under WTO provisions»). È bene precisare che, nell'interpretazione datane dall'Argentina, il diritto dell'OMC consente l'adozione di misure precauzionali esclusivamente a titolo provvisorio; secondo tale Stato sarebbe dunque opportuno definire un termine perentorio oltre il quale un provvedimento precauzionale cessa d'essere compatibile con le disposizioni dell'OMC. Come si vedrà in seguito (par. 11), questa tesi è incompatibile con quanto finora stabilito in sede contenziosa.

³⁷ *Ivi*, par. 80 (corsivo aggiunto).

³⁸ È questa la posizione dell'Ungheria. Cfr. WTO Committee on Agriculture, *Special Session of 5-7 February 2001*, Statement by Hungary, WTO doc. G/AG/NG/W/132. L'Ungheria ha recentemente ribadito la propria posizione, affermando la necessità di prevenire potenziali "abusi di precauzione" mediante l'apertura di un negoziato finalizzato alla ricerca di una più precisa definizione del principio (cfr. WTO Committee on Agriculture, *Summary of the Report on the 19th Meeting of the Committee on Agriculture Special Session Held on 1 July 2003*, TN/AG/R/9, par. 31).

³⁹ V., ad esempio, la posizione del Camerun, in WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Minutes of the Meeting Held on 5 July 2000*, WTO doc. G/SPS/GEN/192, par. 67. Per approfondimenti circa la posizione dei Paesi in via di sviluppo si rinvia a L. A. RUESSMANN, *Putting the Precautionary Principle in Its Place: Parameters for the Proper Application of a Precautionary Approach and the Implications for Developing Countries in Light of the Doha WTO Ministerial*, in *American University International Law Review*, 2002, p. 905, in special modo pp. 940-948.

ple] has attained the status of a rule of customary international law»⁴⁰. Eppure, quasi in contemporanea, lo stesso Stato ha invocato il principio di precauzione per difendere, dinanzi agli organi dell'OMC, una misura restrittiva del commercio, affermando che lo stesso ha assunto lo status di principio generale di diritto ai sensi dell'art. 38.1(c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia⁴¹. La contraddizione, solo apparente, si può spiegare notando che la prima dichiarazione concerne la versione obbligatoria del principio, mentre la seconda riguarda la versione facoltativa⁴².

Le posizioni sin qui illustrate circa i rapporti tra disciplina del commercio internazionale e principio di precauzione *version faible*, sebbene nettamente maggioritarie⁴³, non sono condivise da tutti i Membri dell'OMC.

Tra le opinioni minoritarie, quella dell'India è la più interessante ed articolata⁴⁴. L'India sostiene che il principio di precauzione è inapplicabile nell'ambito materiale disciplinato dall'Accordo TBT. Alla luce di quanto detto in precedenza – e cioè che la struttura fondamentale dell'Accordo TBT non si differenzia, sotto il profilo che qui interessa, da quella del GATT o dell'Accordo SPS e quindi consente, anch'essa, l'applicazione della versione "debole" del principio – la distinzione tracciata dal governo indiano può apparire singolare. Altrettanto singolare è, in effetti, l'argomento che la sostiene: l'art. 2.2 TBT prevede che i Membri dell'OMC, nell'adottare regolamentazioni tecniche, prendano in considerazione «*available scientific and technical information*»; ciò significa, secondo il governo indiano, che una barriera tecnica

⁴⁰ Cfr. *Southern Bluefin Tuna (Australia v. Japan; New Zealand v. Japan)*, Response of the Government of Japan to Request for Provisional Measures and Counter-Request for Provisional Measures before the International Tribunal for the Law of the Sea, p. 28 (reperibile sul sito <http://www.un.org/itilos>).

⁴¹ Cfr. quanto riportato in *Japan – Measures Concerning Agricultural Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS76/AB/R (22 febbraio 1999), par. 9.

⁴² Questa ipotesi è confermata da una successiva dichiarazione del Governo giapponese (WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Specific Trade Concerns*, Note by the Secretariat, G/SPS/GEN/204/Rev.4 (2 marzo 2004), par. 353).

⁴³ La posizione maggioritaria sembra essere condivisa anche dalla Repubblica dominicana (cfr. WTO Trade Policy Review Body, *Minutes of the Meeting Held on 7-8 October 2002 (Trade Policy Review – Dominican Republic)*, WT/TPR/M/105/Add.1, par. 141); dai firmatari (Antigua e Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Giamaica, Montserrat, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and Grenadines, Suriname, Trinidad e Tobago, Haiti) del Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community Including the CARICOM Single Market and Economy (2001) che, notificato al Comitato dell'OMC sugli accordi commerciali regionali (WT/REG155/1, 8 luglio 2003), all'art. 65.2(e), contempla la facoltà di adottare misure precauzionali a tutela dell'ambiente; nonché dalla Repubblica slovacca, che però si esprime solo sul rapporto fra principio di precauzione ed art. 5.7 SPS (cfr. WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Specific Trade Concerns*, Note by the Secretariat, G/SPS/GEN/204/Rev.4 (2 marzo 2004), par. 443). Sull'art. 5.7 SPS v. *infra*, par. 11.

⁴⁴ È appena il caso di notare che l'unico Membro recisamente contrario alla tesi dell'applicabilità del principio di precauzione nel quadro dell'OMC – si tratta della Corea del Sud, che definisce tale tesi provocatoria – non motiva in alcun modo la sua asserzione. Cfr. WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 24-25 October 2000*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/25, par. 58.

non può giustificarsi sulla base di «*incomplete scientific evidence*»⁴⁵. Si tratta, evidentemente, di un'interpretazione che non corrisponde al senso ordinario della disposizione in questione, la quale non prevede affatto che i dati scientifici *disponibili* debbano essere anche *completi* per giustificare l'adozione di un provvedimento commerciale restrittivo. Inoltre, sebbene l'Accordo TBT obblighi i contraenti *a tenere conto* dei dati scientifici disponibili al momento dell'adozione di una misura restrittiva, tali dati non possono da soli determinare la scelta, eminentemente politica, del livello di protezione; in altre parole, la decisione politica circa il livello di protezione si compie sullo sfondo del sapere scientifico, ma non può considerarsi da questo predeterminata⁴⁶. Sebbene non del tutto isolata⁴⁷, sotto questo profilo la posizione dell'India è irrilevante in quanto fondata su un'interpretazione erronea delle disposizioni rilevanti⁴⁸.

L'India, peraltro, attribuisce al principio di precauzione, inteso nella sua accezione "forte", lo *status* di principio generale settoriale, appartenente cioè alla sola sfera del diritto internazionale dell'ambiente; da ciò desume l'impossibilità di avvalersene per giustificare ostacoli commerciali posti a tutela della salute⁴⁹. Essa sostiene, inoltre, che la condizione della gravità o irreversibilità del danno temuto – condizione che, secondo il Principio 15, deve essere soddisfatta perché sorga in capo agli Stati l'obbligo di adottare misure preventive – è applicabile anche nel quadro dell'OMC. L'India è insomma disposta ad ammettere una limitata applicabilità del principio nel quadro della disciplina del commercio internazionale⁵⁰. Tuttavia, gli argomenti offerti a sostegno di tale interpretazione doppiamente restrittiva non appaiono del tutto convincenti. Circa la limitazione della rilevanza del principio di precauzione alla materia ambientale, basterà ricordare che, nel quadro dell'OMC, la protezione della salute, come quella dell'ambiente, figura quale obiettivo legittimamente perseguibile mediante l'adozione di barriere commerciali; inoltre, in relazione ad entrambe vale il principio di autodeterminazione del livello di tutela⁵¹. Per quanto riguarda la condizione della gravità o irreversibilità del danno temuto,

⁴⁵ Cfr. WTO Committee on Technical Barriers to Trade, *Minutes of the Meeting Held on 6 October 2000*, G/TBT/M/21, par. 88.

⁴⁶ Cfr., in senso analogo, la replica della Comunità (*ivi*, par. 86).

⁴⁷ Nello stesso senso si esprime infatti l'Egitto (*ivi*, par. 92).

⁴⁸ La considerano tale, ad esempio, Brasile (WTO Committee on Technical Barriers to Trade, *Minutes of the Meeting Held on 30 March 2001*, G/TBT/M/23, par. 134) ed Australia (WTO Committee on Technical Barriers to Trade, *Minutes of the Meeting Held on 29 June 2001*, G/TBT/M/24, par. 117).

⁴⁹ Cfr. WTO Committee on Technical Barriers to Trade, *Minutes of the Meeting Held on 6 October 2000*, G/TBT/M/21, par. 88.

⁵⁰ WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 13-14 February 2001*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/26, par. 73

⁵¹ Cfr. artt. XX (b) GATT, 2.1 SPS, 2.2 TBT.

non è affatto chiaro se essa sia compatibile con la regola appena menzionata, posto che tale condizione predetermina in senso restrittivo l'ambito in cui la scelta del livello di protezione può esercitarsi⁵². In seguito si vedrà fino a che punto la prassi dell'OMC confermi i dubbi qui espressi circa il tentativo di inferire il contenuto della versione "debole" del principio di precauzione dalla sua versione "forte", quale consacrata nel Principio 15⁵³.

Per certi versi simile a quella dell'India è la posizione di Hong Kong: poiché il principio di precauzione (inteso nella sua accezione "forte") non possiede lo *status* di norme consuetudinaria generale, nemmeno può ritenersi opponibile nei rapporti regolati dal diritto dell'OMC. Il principio deve persino ritenersi escluso dall'ambito di applicazione dell'Accordo SPS, essendo questo caratterizzato, secondo Hong Kong, da un rigoroso «science-based approach», impermeabile a qualsiasi considerazione di carattere extra-scientifico⁵⁴. Oltre a risultare, già all'epoca della sua formulazione, chiaramente smentita dalla "giurisprudenza" dell'OMC⁵⁵, questa tesi sottende una visione ingenua della scienza: nel quadro di una concezione siffatta, la fondamentale condizione imposta dall'art. 2.2 SPS – ossia che le misure sanitarie e fitosanitarie che ostacolano gli scambi commerciali devono fondarsi su «sufficient scientific evidence» – vieta qualsiasi provvedimento di tutela non legittimato da verità scientifiche indubitabili, mentre la discrezionalità politica, che è necessariamente presente nella scelta del livello di protezione da parte di ciascun membro dell'organizzazione, è vista come potenziale fonte di decisioni irrazionali ed arbitrarie. In realtà, il principio di precauzione, se correttamente inteso e delimitato, non affranca il decisore politico (o il giudice) da

⁵² Intesa come condizione della liceità di una misura precauzionale, la gravità del danno lascia ovviamente spazio a determinazioni soggettive: salvo qualche limitata eccezione dovuta all'esistenza di esigenze o valori universalmente condivisi, ciò che è grave per un soggetto dell'ordinamento non lo è necessariamente per un altro, o persino per tutti gli altri. Come si vede, la decisione di qualificare il danno temuto come grave dipende in gran parte da una scelta *politica* relativa all'oggetto e al livello della protezione. Nonostante le apparenze, sembra che lo stesso possa dirsi a proposito della nozione di "irreversibilità del danno". A parte il fatto che sull'irreversibilità di un danno temuto possono sussistere controversie di natura scientifica – situazione, questa, che farebbe riemergere la "versione debole" del principio di precauzione a dispetto del tentativo di escluderne la rilevanza – si potrebbe chiedere se la nozione di irreversibilità possa essere interpretata in modo tale da impedire un'azione preventiva volta a contrastare un danno ambientale o sanitario *persistente*. Evidentemente, anche la questione della persistenza del danno lascia spazio a determinazioni soggettive, le quali, a loro volta, non possono che dipendere da una scelta politica relativa al livello di protezione. Cfr. WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 13-14 February 2001*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/26, par. 87, dove la delegazione comunitaria osserva che «irreversibility [is] set out in the *Rio Declaration*, but not explicitly in other contexts», ed aggiunge che, nella caratterizzazione del danno temuto, la Comunità è intenzionata a prendere in considerazione «the short and long term effects, with irreversibility at one extreme of the continuum».

⁵³ Su questo punto v. anche il par. 9 *infra*.

⁵⁴ Cfr. WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 5-6 July 2000*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/24, par. 85.

⁵⁵ V. *infra*, par. 4.

presunte "leggi scientifiche", ma può indirizzarne le scelte nei problematici scenari tracciati dalla ricerca sperimentale⁵⁶. Peraltro, proprio in questo senso possono essere interpretate le posizioni di Brasile, Cile, Cina e Tailandia, che lasciano sì trasparire una certa "diffidenza preventiva" nei confronti di chi intenda invocare il principio di precauzione a sostegno di misure volte a prevenire rischi *in nessun modo* attestati dall'indagine scientifica, ma non alludono ad un insanabile conflitto tra il principio in parola e regole dell'OMC⁵⁷.

Quando agli Stati Uniti, talvolta si attribuisce loro, anche in dottrina⁵⁸, un'irriducibile avversione nei confronti del principio di precauzione. Tuttavia, come subito si dirà, questo è l'unico motivo che induce a discutere la loro posizione assieme alle tesi tendenti a ridimensionare il ruolo di detto principio nell'ambito della disciplina del commercio internazionale. Com'è noto, gli Stati Uniti negano che il principio di precauzione, inteso nella sua versione "forte", abbia assunto lo *status* di norma consuetudinaria⁵⁹. A tale riconoscimento osterebbe la grande varietà di definizioni che il diritto pattizio e gli atti internazionali non vincolanti ne danno: poiché il principio di precauzione non può essere pensato ed impiegato se non in contesti normativi specifici («it is context-specific»), esso non può che manifestarsi con contenuti di volta in volta diversi. Premesso ciò, e dopo aver implicitamente concesso che è la versione facoltativa del principio a rilevare nel *contesto* della disciplina del

⁵⁶ Cfr. *infra*, par. 7-12.

⁵⁷ Su questo punto v. *infra*, par. 7. Le posizioni di Brasile, Cile e Cina sono desumibili da WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Specific Trade Concerns*, Note by the Secretariat, G/SPS/GEN/204/Rev.4 (2 marzo 2004), par. 235; quella della Tailandia da WTO Trade Policy Review Body, *Trade Policy Review – Thailand*, Report by the Secretariat (15 ottobre 2003), par. 19 («Regarding environmental concerns in relation to trade, Thailand would not accept any proposal to weaken WTO rules using environmental protection as a pretext to create new trade barriers, or the adoption of a non-science-based precautionary principle that goes beyond the scope of existing WTO provisions»). Alla luce di quanto appena detto, ma soprattutto di quanto riportato *supra* (nota 35), appare incoerente (ma forse anche ambigua, a dispetto del tono perentorio) l'opinione espressa dal Brasile, secondo cui il principio di precauzione «is not part of WTO rules» (WTO Trade Policy Review Body, *Minutes of the Meeting Held on 24 and 26 July 2002 (Trade Policy Review – European Union)*, WT/TPR/M/102/Add.102, p. 87).

⁵⁸ M. IYNEDJIAN, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce*, nota 23, p. 254, attribuisce allo scetticismo degli Stati Uniti in materia di precauzione la "virtù" di suscitare ampi consensi nella comunità internazionale. All'epoca dei negoziati della Convenzione quadro sui mutamenti climatici, osserva l'A., i rappresentanti di centocinquanta Stati, su proposta degli Stati Uniti, hanno rigettato una prima formulazione («il incombe aux Etats de prendre des mesures de précaution») di quello che sarebbe poi divenuto l'art. 3 della Convenzione (dove il sostantivo «États» è stato infine sostituito dal termine «Parties»); questo episodio testimonierebbe, secondo l'A., l'esistenza di una diffusa convinzione secondo cui il principio di precauzione non fa parte del diritto internazionale generale. In realtà, dall'episodio citato non si può dedurre nient'altro che questo: che in quella sede, i contraenti *non* si sono voluti esprimere in generale, mediante un testo convenzionale, circa lo *status* giuridico del principio di precauzione (piuttosto si può dire che i fautori della versione infine rigettata avessero in proposito idee ben diverse da quelle degli Stati Uniti).

⁵⁹ «The claim of the European Communities that there is a generally-accepted principle of international law which may be referred to as the "precautionary principle" is erroneous as a matter of international law» (la frase è riportata in *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 43).

commercio internazionale, gli Stati Uniti, in perfetto accordo con la tesi maggioritaria sopra illustrata, concedono che «precaution is reflected in WTO rules»⁶⁰.

Analoga è la posizione del Canada, che, superata un'iniziale incertezza⁶¹, ha infine aderito all'opinione secondo la quale il principio di precauzione, inteso nella sua versione debole, è implicito nelle regole dell'OMC ed è, in particolare, deducibile dal principio di autodeterminazione del livello di tutela⁶².

Quanto finora sostenuto a proposito dell'autonomia del principio di precauzione "facoltativo" e sulla rilevanza di quest'ultimo nell'ambito dell'OMC trova quindi ampia conferma nella prassi dei Membri dell'organizzazione. Le discrepanze della prassi sono in prevalenza riconducibili ad interpretazioni erranee delle norme rilevanti, mentre le tensioni più significative sembrano concentrarsi sulla questione dei limiti entro i quali il principio di precauzione può giustificare l'imposizione di barriere commerciali.

4. Il rapporto fra principio di precauzione e diritto dell'OMC nelle decisioni dei *panel* e dell'Organo d'appello

Finora, la questione dello *status* giuridico internazionale del principio di precauzione, nonché quella del rapporto di quest'ultimo con le regole dell'OMC, sono state direttamente affrontate soltanto nella casistica relativa al-

⁶⁰ Cfr. WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 13-14 February 2001*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/26, par. 75. Altrove, gli Stati Uniti si erano già dichiarati solidali con la posizione della Comunità, in particolare a proposito della «importance of striving for the highest level of consumer protection, and on the important role that precaution can play in achieving [this] goal» (WTO Committee on Trade and Environment, *Report of the Meeting Held on 5-6 July 2000*, Note by the Secretariat, WT/CTE/M/24, par. 82).

⁶¹ Nel caso *ECs – Hormones*, il Canada ha espresso la seguente opinione dinanzi all'Organo d'appello: «The precautionary approach or concept [is] an emerging principle of international law», che potrebbe in futuro cristallizzarsi in un principio generale di diritto, nel senso attribuito a tale nozione dall'art. 38.1(c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (cfr. *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 60). Sembra tuttavia che tali considerazioni si riferissero alla "versione forte" del principio di precauzione, lasciando in ombra l'opinione del Canada sulla "versione debole" dello stesso.

⁶² V. WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *The Treatment of Precaution in the SPS Agreement – Statement by Canada at the Meeting of 14-15 March 2001*, G/SPS/GEN/246, parr. 3-4: «(...) we have noted that the SPS Agreement is often referred to as relevant to the issue [of precaution]. (...) However, the relevance of the SPS Agreement to the issue of precaution is not limited to any one particular article. For example, a central tenet of the SPS Agreement is the right, under Article 3.3, of each WTO member to set standards more stringent than established international standards so as to reflect properly their individual "appropriate level of protection". A country's appropriate level of protection includes, *inter alia*, its individual "tolerance to risk" or "degree of precaution"». Anche se l'attuale posizione del Canada si riferisce esclusivamente al rapporto tra principio di precauzione ed accordo SPS, il riferimento in essa contenuto al diritto di autodeterminazione del livello di tutela – che il Canada qualifica come «sovereign right» – estende il suo significato anche ad altri ambiti materiali del diritto dell'OMC (cfr. *supra*, par. 2). La posizione del Canada, peraltro, riflette in modo abbastanza fedele la giurisprudenza dell'Organo d'appello, che sarà esaminata nel prossimo paragrafo.

l'Accordo SPS, in particolare nel quadro della celebre disputa sulla "carne agli ormoni".

Nel caso *ECs – Hormones*, sia il *panel* che l'Organo d'appello hanno eluso la prima questione trincerandosi dietro affermazioni dubitative, le quali, tuttavia, concludono ragionamenti affatto diversi. Secondo il *panel*, la questione dello *status* giuridico internazionale del principio di precauzione è priva di interesse, poiché un analogo principio sarebbe stato incorporato (*incorporated*) nell'art. 5.7 SPS e come tale si applicherebbe nei rapporti fra le parti a titolo di diritto speciale, nei limiti definiti da quella disposizione⁶³ – com'è noto, ai sensi dell'art. 5.7 SPS, i Membri dell'OMC possono adottare, a titolo provvisorio, misure sanitarie o fitosanitarie «in cases where relevant scientific evidence is insufficient»⁶⁴.

Sotto il profilo che qui interessa, la pronuncia di secondo grado offre un quadro assai più sfumato. Innanzitutto, l'Organo d'appello rileva che la questione dello *status* giuridico internazionale del principio di precauzione si trova al centro di un dibattito politico e dottrinale animato da posizioni difficilmente conciliabili. La conclusione che ne trae è la seguente: «whether [the precautionary principle] has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear»⁶⁵. Una simile constatazione poteva considerarsi sufficiente per rigettare la tesi avanzata dalla Comunità, secondo la quale il principio di precauzione è una norma di diritto internazionale consuetudinario o un principio generale di diritto⁶⁶. L'Organo d'appello ha tuttavia preferito assumere un atteggiamento di equilibrata rinuncia: «it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body to take a position on this important, but abstract, question»⁶⁷. Il ragionamento dell'Organo d'appello porta dunque alla stessa conclusione dubitativa cui il Panel era pervenuto *d'emblée*, ma seguendo un percorso più tortuoso, lungo il quale si trovano tracce che meritano un'attenta considerazione.

Occorre innanzitutto soffermarsi sul metodo di rilevazione della consuetudine impiegato dall'Organo d'appello. Questo si è preliminarmente domandato se il principio di precauzione potesse considerarsi «widely accepted by Members as a principle of general or customary international law»⁶⁸. Il piano dell'indagine è dunque quello del diritto internazionale generale, ma l'Organo d'appello dichiara di potersi limitare ad un esame della prassi dei Membri dell'OMC. Eppure, nella motivazione, di tale esame non v'è traccia: l'Organo

⁶³ *ECs – Hormones*, Report of the Panel, WT/DS48/R/CAN (18 agosto 1997), par. 8.160.

⁶⁴ Sull'art. 5.7, v. *infra*, par. 11.

⁶⁵ Cfr. *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 123.

⁶⁶ *Ivi*, par. 16.

⁶⁷ *Ivi*, par. 123.

⁶⁸ *Ivi*.

d'appello si appaga della percezione di una prassi debole ed incerta, ricavata da una sommaria ricognizione della dottrina⁶⁹ e indirettamente confermata dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso *Gabcikovo-Nagymaros*⁷⁰. Si direbbe dunque che l'esito di una prima, rapida ricognizione, abbia scoraggiato l'Organo d'appello dall'intraprendere un'indagine della prassi più vasta e puntuale. Ma la chiave per comprendere questo atteggiamento, apparentemente rinunciatario e inconcludente, si trova nell'affermazione secondo cui sarebbe stato superfluo (*unnecessary*) risolvere la questione dello *status* giuridico internazionale del principio di precauzione. Per coglierne appieno il significato bisogna però rievocare una critica frequentemente rivolta contro la decisione in esame.

Si è sostenuto che l'Organo d'appello, evitando di prendere posizione sul valore giuridico del principio di precauzione, avrebbe tradito lo spirito e la lettera della *general rule of interpretation* contenuta nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. In effetti, qualora al principio di precauzione si riconoscesse, ai sensi dell'art. 31.3(c) di quest'ultima, la qualità di regola di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti, quel principio, in quanto *elemento estrinseco* rilevante ai fini dell'interpretazione⁷¹, concorre-

⁶⁹ Di cui l'Organo d'appello ha reso scrupolosamente conto in una nota a piè di pagina. Alla dottrina non sono peraltro sfuggiti i difetti di un apparato critico che, contro la tesi che ravvisa nel principio di precauzione una norma di diritto internazionale generale, cita studi in prevalenza anteriori alla Conferenza di Rio, luogo della consacrazione politica del principio a livello internazionale. Così M. WYNTER, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the Two Decisions on EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, in P. MENGGOZZI (a cura di), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 471, a p. 522.

⁷⁰ *Caso concernente il Progetto Gabcikovo-Nagymaros (Ungheria/Slovacchia)*, I.C.J. Reports, 1997, p. 1. Ivi, la Corte internazionale di giustizia, nell'elenco delle norme di diritto internazionale dell'ambiente di recente affermazione, non ha incluso il principio precauzionale. Pare che l'Organo d'appello abbia voluto sottolineare il significato di questo silenzio, quando ha affermato che «the precautionary principle (...) still awaits authoritative formulation» (*ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 123). Sul punto v. i rilievi critici di E. HEY, *Considerations Regarding the Hormones Case*, *cit. supra*, nota 19, pp. 244-245.

⁷¹ Cfr. E. HEY, *Considerations Regarding the Hormones Case*, *cit. supra*, nota 19, p. 244, secondo la quale, «if the precautionary principle (...) were to be found to be relevant in health law, that principle (...) would be part and parcel of Articles 5.1 and 5.2 of the SPS Agreement». C. NOVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce*, *cit. supra*, nota 19, p. 268; S. MALJEAN-DUBOIS, *Biodiversité, biotechnologies, biosécurité: Le droit international désarticulé*, in *Journ. dr. int.*, 2000, p. 949, p. 987; A. NEUMAYER, *Greening the WTO Agreements. Can the Treaty Establishing the European Community Be of Guidance*, in *Journal of World Trade*, 2000/1, p. 145, p. 158; N. NOTARO, *Judicial Approaches to Trade and Environment*, *cit. supra*, nota 12, p. 180: «the Appellate Body is not entirely aware of the importance of the precautionary principle. (...) one could not expect the Body to close the debate on the nature of this principle, as such task would rather be the competence of the International Court of Justice. However (...) [it] should have applied [the principle] in the context of risk assessment under Article 5.1 and 5.2»; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 482 (la cui tesi è assimilabile a quella degli autori appena citati, anche se imperniata non sull'interpretazione, ma sulla successione delle norme nel tempo: «In my view, the Appellate Body was obliged to make a ruling on whether the [precautionary] principle is, indeed, part of customary law binding on the disputing parties. If this had been the case, the Appellate Body should have acknowledged that a rule of cus-

rebbe a plasmare il senso di talune disposizioni contenute negli accordi che fanno capo all'OMC⁷². È appena il caso di ricordare che, nella *general rule of interpretation*, il "contesto" è la funzione che connette e coordina elementi intrinseci ed estrinseci all'interno di un sistema di riferimenti non gerarchico, in modo che «all the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation»⁷³. La corretta interpretazione di una norma convenzionale dipende quindi da un'equilibrata considerazione di elementi sia intrinseci che estrinseci al testo cui essa appartiene. Questo è, in senso lato, il presupposto da cui muovono le censure rivolte contro la c.d. *clinical isolation* del "sistema OMC"⁷⁴, che si verifica quando gli elementi intrinseci – testo, struttura, spirito, scopo – tendono a saturare lo spazio dell'interpretazione, risolvendosi in una relativa impermeabilità del medesimo sistema a valori che trovano espressione in norme appartenenti ad altri settori del diritto internazionale.

Sebbene sia astrattamente condivisibile, il ragionamento appena richiamato non può considerarsi del tutto pertinente in relazione al caso in esame, poiché non chiarisce il contenuto di quella norma *esterna* al sistema che dovrebbe condurre gli organi dell'OMC a *soluzioni diverse* da quelle già desumibili dalle disposizioni dell'Accordo SPS o del GATT. Ed è questa "via interna" che l'Organo percorre nel caso *ECs – Hormones*, quando ritiene che il principio di precauzione si rifletta («*finds reflection*») non solo, come credeva il *panel*, nell'art. 5.7 SPS, ma altresì nell'art. 3.3 SPS, dove si trova enunciato il principio di autodeterminazione del livello di tutela, principio che l'Organo d'appello sembra porre a fondamento del diritto di adottare misure precauzionali. Riflessi del principio di precauzione sono in oltre percepibili nell'art. 2.2 SPS: secondo l'Organo d'appello, è infatti doveroso interpretare l'espressione «sufficient scientific evidence», ivi contenuta, tenendo a mente che, nel de-

tomary law, if later in time and in conflict with an earlier (SPS) treaty rule, must prevail over that treaty rule (...) unless there was an intention to continue applying the (SPS) treaty rule as *lex specialis*»).

⁷² Si pensi, ad esempio, al requisito della necessità di cui agli artt. XX(b) GATT, 2.2 SPS, 2.2 TBT, oppure al concetto di «sufficient scientific evidence» di cui all'art. 2.2 SPS.

⁷³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 220, par. 9.

⁷⁴ L'espressione, ormai celebre, è stata coniata dall'Organo d'appello nel caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* ("US – Gasoline") WT/DS2/AB/R (29 aprile 1996), p. 14: «the [GATT] is not to be read in clinical isolation from public international law». Sul tema si vedano, fra gli altri, G. MARCEAU, *A Call for Coherence in International Law. Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999/5, p. 87; J. TRACHTMAN, *The Domain of the WTO Dispute Settlement Resolution*, in *Harvard Journal of International Law*, 1999, p. 342; L. BARTELS, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 499; J. PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 535; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit. *supra*, nota 10, p. 623 ss.

cidere se gli elementi scientifici a disposizione siano o meno sufficienti per giustificare una misura restrittiva, «responsible and representative governments commonly act from perspectives of prudence and precaution»⁷⁵.

La critica mossa nei confronti dell'Organo d'appello sembra dunque presupporre che il diritto dell'OMC sia costituzionalmente refrattario ad istanze precauzionali (dove l'esigenza di curarne i difetti mediante un'interpretazione prevalentemente ispirata a valori normativi estrinseci: una terapia allopatrica di cui tuttavia si stenta a definire il principio attivo). Distanziarsene non significa però propendere per la tesi (da nessuno apertamente difesa) secondo cui le regole dell'OMC dovrebbero interpretarsi in modo autoreferenziale, né equivale a sostenere che il sistema, mediante l'incorporazione del principio dell'autodeterminazione del livello di tutela, abbia risolto, dall'interno e *a priori*, qualsiasi problema di articolazione tra le sue regole ed il principio di precauzione. Significa invece partire da una premessa di segno opposto, già argomentata: il diritto dell'OMC contempla la facoltà di agire precauzionalmente. In questa prospettiva è auspicabile – oltre che, in una certa misura, richiesto dalla regole di interpretazione dei trattati – che il sistema rimanga aperto ad influenze esterne nel precisare la portata del principio di precauzione che già opera al suo interno⁷⁶.

5. Il principio di precauzione in relazione alle tecniche di bilanciamento tra interessi antagonisti impiegate dai *panel* e dall'Organo d'appello

Prima di procedere all'analisi dei contenuti che il principio di precauzione assume nel diritto dell'OMC, è opportuno soffermarsi, situandosi momentaneamente in una prospettiva più ampia, sul modo in cui i *panel* e l'Organo

⁷⁵ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 124.

⁷⁶ In proposito, può essere interessante notare una piccola differenza tra i modi in cui il *panel* e l'Organo d'appello hanno descritto la relazione tra principio di precauzione ed Accordo SPS. Secondo il *panel*, il principio di precauzione è stato incorporato (*has been incorporated*) nell'art. 5.7 SPS; nella versione dell'Organo d'appello il medesimo principio si riflette (*finds reflection*) nelle disposizioni di cui s'è detto poc'anzi. Il tropo della riflessione utilizzato dall'Organo d'appello sembra alludere all'esistenza di un oggetto – il principio di precauzione – diverso dalle superfici riflettenti, che sono, fuor di metafora, le disposizioni dell'Accordo SPS. Questa rappresentazione sembra presupporre una perdurante permeabilità del tessuto normativo dell'Accordo SPS e, per implicazione, dell'art. XX GATT, all'influenza di valori che riusciranno eventualmente ad affermarsi nella società internazionale, permeabilità che potrà esprimersi mediante un'interpretazione evolutiva delle disposizioni pertinenti (cfr. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products* ("US – Shrimps"), Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R (12 ottobre 1998), par. 129: «The words of Article XX(g), "exhaustible natural resources", were (...) crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations»; in tema, v. F. FRANCONI, *Environment, Human Rights and the Limits of Free Trade*, in Id. (a cura di), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, Hart, 2001, p. 1). Il linguaggio utilizzato dal *panel*, al contrario, sembra derivare dalla convinzione che il problema dei rapporti fra principio di precauzione e diritto dell'OMC sia stato risolto una volta per tutte con l'incorporazione del primo nel secondo.

d'appello procedono alla ricerca di un equilibrio tra esigenze potenzialmente confliggenti – la libertà degli scambi commerciali, da un lato, la tutela della salute o dell'ambiente, dall'altro – quando sono chiamati a sindacare la liceità di una misura restrittiva del commercio. Nella ricerca di tale equilibrio, può infatti porsi il problema di ridefinire, verso l'alto o verso il basso, il livello di tutela dei beni giuridici posti in relazione antagonistica. Ma se è possibile che l'operazione di bilanciamento risulti in una compressione del livello di protezione ambientale o sanitaria liberamente ed individualmente scelto dall'autore della misura restrittiva, allora si deve rimettere in discussione il fondamento sul quale si è finora fatta riposare l'applicabilità del principio di precauzione nel diritto dell'OMC: l'autodeterminazione del livello di tutela. Si tratta quindi di stabilire se, ed eventualmente in che misura, le tecniche di bilanciamento impiegate nell'ambito del sistema limitino la possibilità di adottare misure precauzionali. A tal fine, il concetto (o principio) di proporzionalità – inteso nella versione codificata dalla dottrina tedesca⁷⁷ ed accolta, fra l'altro, nel controllo di legittimità degli atti comunitari⁷⁸ – sarà utilizzato come *strumento d'analisi*. Ciò dovrebbe permettere di delineare la struttura del sindacato cui soggiacciono le misure restrittive finalizzate alla tutela della salute o dell'ambiente, per poi verificare se essa si armonizzi o meno con il principio di autodeterminazione del livello di tutela.

Inteso nel modo indicato, il principio di proporzionalità si presenta con una struttura tripartita: un provvedimento restrittivo è considerato ad esso conforme solo se: (i) *idoneo* a conseguire il fine che l'autore si propone; (ii) *necessario*, nel senso che rispetto ad esso non esistono misure alternative ragionevoli di pari efficacia e meno restrittive degli scambi; e, infine, (iii) *adeguato* (o *proporzionato in senso stretto*), ossia capace di conseguire, dal punto di vista del sistema normativo considerato, un corretto bilanciamento tra interessi potenzialmente antagonisti⁷⁹.

⁷⁷ Sul tema della proporzionalità, v., in generale, C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia e il processo politico decisionale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1998; M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: a Comparative Study*, The Hague, Kluwer, 1996; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000. Per un'interessante analisi delle tecniche di bilanciamento utilizzate nell'ambito del GATT/OMC, in prospettiva comparata, v. J. TRACHTMAN, *Trade and Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity* (Jean Monnet Paper, 1997).

⁷⁸ V., fra tante, sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1990 in causa n. C-331/88, *Fedesa*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4029, punto 13; sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 settembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305, punto 411. Sull'applicazione del principio di proporzionalità in ambito comunitario, v., in particolare, G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 105; J. H. JANS, *Proportionality Revisited*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, p. 237.

⁷⁹ Cfr. C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia e il processo politico decisionale comunitario*, cit. *supra*, nota 77, pp. 123-124; M. HILF - S. PUTH, *The Principle of Proportionality on Its Way into WTO/GATT Law*, in A. VON BOGDANDY - P. MAVROIDIS - Y. MÉNY (a cura di), *European Inte-*

Il principio di precauzione intrattiene relazioni con ognuno dei criteri di giudizio appena menzionati. È evidente, in primo luogo, che l'applicazione del criterio della idoneità comporta valutazioni circa l'efficacia della misura precauzionale, nonché, a monte, un giudizio sull'esistenza o sulla corretta caratterizzazione del rischio che la medesima misura intende prevenire. Il principio di precauzione può inoltre influire sulla valutazione dell'efficacia della misura alternativa, momento essenziale nell'applicazione del criterio della necessità. Infine, a proposito del rapporto fra principio di precauzione e applicazione del criterio della proporzionalità in senso stretto, si può considerare quanto segue: l'operazione di bilanciamento tipica di questa fase del giudizio può portare alla dichiarazione dell'illiceità di una misura fondata sul principio di precauzione in quanto sproporzionata, ossia eccessivamente lesiva di un bene giuridico antagonista (il libero commercio) rispetto a quello che s'intende tutelare (la salute o l'ambiente). Essa può dunque evidenziare, in concreto, l'esistenza di un limite oltre il quale l'invocazione del principio di precauzione, in ipotesi già sufficiente per affermare l'idoneità e la necessità del provvedimento restrittivo, in definitiva non basta a giustificare l'adozione.

È tuttavia possibile sostenere che, nel contenzioso dell'OMC, il sindacato cui soggiacciono le misure restrittive poste a tutela della salute o dell'ambiente consiste nell'applicazione dei soli criteri dell'idoneità e della necessità, mentre la soddisfazione del requisito della proporzionalità in senso stretto non è richiesta. Il giudizio sull'adequazione di una misura restrittiva, in altre parole, è affidato in via esclusiva ai singoli Membri. Da questi, quindi, si pretende soltanto che non sacrificino *inutilmente* la libertà degli scambi commerciali, fermo restando il livello di tutela da essi prescelto. Il sindacato tenderà quindi ad assumere una struttura bipartita, culminante nell'applicazione del criterio della necessità.

Tale criterio si trova espressamente enunciato nei testi giuridici rilevanti. L'art. XX(b) GATT stabilisce che le disposizioni dell'Accordo non ostano all'applicazione di misure «*necessary to protect human, animal or plant life or health*»⁸⁰. Allo stesso modo, l'art. 2.2 dell'Accordo SPS consente ai Membri

gration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann, The Hague, Kluwer, 2002, p. 199, pp. 200-202. Per una sistemazione concettuale apparentemente alternativa, v. M. MONTINI, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, cit. *supra*, nota 19, p. 261 ss.

⁸⁰ Un discorso più ampio meriterebbe l'art. XX(g) GATT, disposizione che può essere invocata per giustificare misure «*relating to the conservation of exhaustible resources*». Qui, come si vede, il nesso logico tra misura restrittiva e valore tutelato sembra richiedere l'applicazione di un criterio meno severo di quello della necessità. Nella prassi, l'esame delle misure rientranti nell'ambito dell'art. XX(g) è scandito in due fasi. Si verifica, in primo luogo, l'esistenza di un genuino rapporto causa-effetto fra la misura in questione e la tutela dell'ambiente (esame che comporta l'applicazione del solo criterio della idoneità). In secondo luogo, si vaglia la misura alla luce della clausola introduttiva (il *chapeau*) dell'art. XX, ai sensi della quale una misura restrittiva è illecita se applicata in modo tale da comportare una discriminazione arbitraria o ingiustificabile oppure una restrizione dissimulata del commercio. L'esito negativo di quest'ultimo esame può essere de-

di applicare misure sanitarie e fitosanitarie «only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health»⁸¹. Infine, l'art. 2.2 dell'Accordo

terminato dall'esistenza di alternative meno restrittive ragionevolmente esperibili, come avviene, ad esempio, nei casi *United States – Gasoline*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 74, e *US – Shrimps*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 76. In entrambi i casi, è difficile negarlo, l'individuazione di una o più misure alternative non discriminatorie ha influito notevolmente sulla determinazione dell'illiceità del provvedimento contestato (cfr. l'approfondita indagine di F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade*, *cit. supra*, nota 12, pp. 193-194, 210-240). Ma a prescindere dalla possibilità di ricavare, dalla clausola introduttiva dell'art. XX GATT, una sorta di criterio della necessità, ciò che qui preme sottolineare è che, dal *chapeau* non sembra possibile dedurre, né mai è stato dedotto, un vero e proprio requisito della proporzionalità in senso stretto, nemmeno nei casi concernenti misure c.d. ad effetti extraterritoriali (cfr. *US – Shrimps*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/RW (22 ottobre 2001), par. 123). Il tema della compatibilità di tali misure con il diritto dell'OMC è molto dibattuto in dottrina: P. MANZINI, *I costi ambientali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 47-82; J. SCOTT, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and the WTO*, in J. H. H. WEILER (a cura di), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 139; A. BIANCHI, *The Impact of International Trade Law on Environmental Law and Process*, in FRANCIONI, *Environment, Human Rights and International Trade*, *cit. supra*, nota 76, p. 107; S. CHARNOVITZ, *The Law of Environmental "PPMs" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality*, in *Yale Journal of International Law*, p. 59; E. BARONCINI, *L'articolo XX GATT e i metodi di produzione non collegati ai prodotti*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 51.

⁸¹ L'art. 2.2 SPS deve peraltro leggersi alla luce dell'art. 5.6 SPS, il quale, introducendo una sorta di criterio *de minimis*, stabilisce che una misura restrittiva soddisfa il criterio della necessità se non è possibile individuare un provvedimento alternativo di pari efficacia e *significativamente* meno restrittivo. Sempre in relazione all'Accordo SPS, è opportuno un cenno all'art. 5.5, ai sensi del quale «Members shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels [of sanitary or phytosanitary protection] it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade». Parte della dottrina (F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade*, *cit. supra*, nota 12, p. 466) ha infatti osservato che se il divieto di «discriminazioni» o di «restrizioni dissimulate del commercio», di cui all'ultimo inciso della disposizione citata, fosse interpretato in modo estensivo, allora l'art. 5.5 SPS potrebbe introdurre «a relevant limitation on the Members' ability to set their own appropriate level of sanitary or phytosanitary protection», per concludere che, «for this reason (...) Article 5.5 SPS (...) shares certain normative functions similar to the requirement of proportionality *stricto sensu*». Eppure, la pertinente giurisprudenza dell'Organo d'appello dimostra che, nell'applicazione dell'art. 5.5 SPS, oggetto del giudizio non è la proporzionalità in senso stretto della misura e quindi del livello di tutela prescelto dal membro convenuto, bensì la presenza o l'assenza di un *intento discriminatorio* alla base della differenza tra livelli di tutela adottati dal medesimo in situazioni tra loro comparabili (*ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 213-246; *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon* ("Australia – Salmon"), Report of the Appellate Body, WT/DS18/AB/R (20 ottobre 1998), par. 139-178). Se, per ipotesi, l'intento discriminatorio è provato – e si tratta di una condizione necessaria perché la misura sia giudicata in contrasto con l'art. 5.5 SPS, non facile da soddisfare, peraltro, come dimostra in particolare la decisione dell'Organo d'appello nel caso *ECs – Hormones* – non si può certo dire che il diritto di definire in piena autonomia il livello di protezione sia messo in discussione, dato che, in tal caso, risulterebbe che la misura contestata *in realtà non persegue l'obiettivo di tutela* che nominalmente si prefigge, ma serve in modo dissimulato altri interessi. Sotto il profilo normativo sembra quindi corretto ritenere che l'art. 5.5 SPS, come interpretato dall'Organo d'appello, non limita la portata del principio di autodeterminazione del livello di tutela, né prefigura l'emergere di un criterio di proporzionalità *stricto sensu* sotto altre spoglie; l'art. 5.5 SPS agisce su un piano diverso, dove a rilevare è la genuinità dell'intento dell'autore della barriera commerciale, non il bilanciamento tra beni giuridici potenzialmente antagonisti, che resta invece rimesso alla discrezionalità di ciascun membro. In questo senso, peraltro, depongono le *Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 5.5*, adottate il 18 luglio 2000 dal Comitato dell'OMC sulle misure sanitarie e fitosanitarie (G/SPS/15, p. 1: «The guidelines are without prejudice to the right of a Member to determine its appropriate level of protection»).

TBT vieta ai Membri l'adozione di misure «more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective», obiettivi tra i quali figurano, ovviamente, la tutela della salute e dell'ambiente⁸².

Nell'ambito che qui interessa, il criterio della necessità è stato per la prima volta interpretato ed applicato nel caso *Thailand – Cigarettes*, dove il *panel* ha affermato che le restrizioni all'importazione di sigarette imposte dal-

⁸² A. DESMEDT, *Proportionality in WTO Law*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2001, p. 441, ha però individuato, in una sfumatura testuale che contraddistingue l'Accordo TBT dal GATT e dall'Accordo SPS, un "invito" ad applicare, oltre al *test* della necessità, il requisito della proporzionalità in senso stretto. L'argomento può così riassumersi. Ai sensi dell'art. 2.2 TBT, «technical regulations shall not be more trade restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create». L'inciso sottolineato potrebbe consentire agli organi dell'OMC di soppesare, da un lato, la gravità dei rischi che il mancato conseguimento dell'obiettivo di tutela potrebbe comportare e, dall'altro, l'entità del pregiudizio che l'adozione della regolamentazione tecnica arreca agli interessi commerciali: «under the TBT Agreement, when taking into account the risks of non-fulfilment of a legitimate objective, a panel could arguably find that the obstacle to international trade outweighs those risks» (p. 449). Secondo DESMEDT, in sostanza, l'inciso sottolineato autorizza l'applicazione del requisito della proporzionalità in senso stretto. La tesi non può tuttavia essere accolta. L'inciso citato, infatti, non è altro che una *precisazione* del requisito della necessità. Come tale, esso è sprovvisto di contenuti obbligatori ulteriori rispetto a quelli già desumibili da detto requisito. La *valutazione dei rischi* imputabili al mancato conseguimento dell'obiettivo che la regolamentazione tecnica si prefigge è, infatti, una *fase del processo decisionale* che si conclude eventualmente con l'adozione di una misura restrittiva: constatata l'esistenza e valutata l'entità del rischio, il membro interessato decide come farvi fronte, sulla base del livello di tutela da esso liberamente scelto. In altre parole, è ovvio che i membri tengano conto dei «risks non-fulfilment would create», quando si accingono a scegliere le misure adeguate in vista di un determinato obiettivo (in senso analogo, F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade*, cit. *supra*, nota 12, p. 468). I limiti della disposizione sono peraltro perfettamente comprensibili alla luce del 6° considerando del preambolo dell'Accordo TBT, il quale, come si è già notato, enuncia il principio di autodeterminazione del livello di tutela. Lo stesso DESMEDT, del resto, giudica assai improbabile che gli organi dell'OMC oseranno ignorare il chiaro enunciato del preambolo per dedicarsi a valutazioni circa l'adeguatezza del bilanciamento fra interessi commerciali ed esigenze d'altro genere (valutazioni che, si può aggiungere, si fonderebbero su un'interpretazione davvero capziosa dell'art. 2.2 TBT). In ogni caso, l'A. conclude, anche se con qualche incertezza, che il testo dell'Accordo TBT consentirebbe un'operazione del genere: «the text of the TBT seems to provide for a broader proportionality test than does the SPS Agreement [...]. Article 2.2, second sentence, of the TBT Agreement may well contain the most far-reaching application of the proportionality principle» (p. 50). Nello stesso senso si esprimono anche G. MARCEAU - J. TRACHTMAN, *The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods*, in *Journal of World Trade*, 2002, pp. 811, a p. 831. Gli Autori segnalano che, poco prima che i negoziati dell'Uruguay Round si concludessero, in margine all'art. 2.2 TBT compariva ancora una nota esplicativa, infine rimossa, del seguente tenore: «this provision is intended to ensure proportionality between regulations and the risk non-fulfilment would create». Non è chiaro se l'uso del sostantivo «proporzionalità» corrispondesse all'intenzione (poi abbandonata) di autorizzare l'applicazione del requisito della proporzionalità in senso stretto (così sembra ritenere F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade*, cit. *supra*, nota 12, p. 469, nota 228). Se presa alla lettera ed interpretata alla luce del suo contesto, comunque, la nota esplicativa non avrebbe consentito una simile interpretazione. Essa, infatti, richiedeva che vi fosse proporzione fra mezzi (*regulations*) e fini (la prevenzione di determinati rischi), non tra i benefici della regolamentazione ed i suoi effetti restrittivi. Tanto più se letta alla luce del principio di autodeterminazione del livello di tutela, la nota esplicativa avrebbe consentito nient'altro che l'applicazione del requisito della necessità e si sarebbe quindi rivelata ridondante, ragione per cui, forse, è stata infine eliminata. Se, invece, secondo una diversa congettura, l'eliminazione fu dovuta all'insistenza di chi temeva le conseguenze di un oscuro riferimento al concetto di proporzionalità, il risultato non cambierebbe. Del significato di tale circostanza si dovrebbe infatti tenere conto, se proprio si vuole sostenere che la determinazione dell'inciso controverso deve essere effettuata alla luce dei lavori preparatori.

la Thailandia potevano considerarsi necessarie ai sensi dell'art. XX(b) GATT, «only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives»⁸³. La caratterizzazione del requisito della necessità come *least trade restrictive alternative test*⁸⁴, temperato da un criterio di ragionevolezza, è ormai costante nella prassi⁸⁵.

Nel caso *Korea – Beef*⁸⁶, l'Organo d'appello ha in parte chiarito il senso del criterio di ragionevolezza, offrendo una complessa lettura del termine «necessario», nesso logico su cui si fonda il *least trade restrictive alternative test*. Nel caso in parola si trattava di stabilire se un provvedimento, che consentiva la distribuzione di carni bovine importate solo presso esercizi al dettaglio a tal fine autorizzati (*dual retail system*), fosse, ai sensi dell'art. XX(d) GATT⁸⁷, *necessario* per garantire i consumatori contro pratiche commerciali ingannevoli⁸⁸. Secondo l'Organo d'appello, il termine «necessario» denota un ventaglio di possibili significati – «a range of degrees of necessity» – che spaziano da «indispensabile» a necessario inteso nel senso di «qualcosa che offre un mero contributo al raggiungimento di un determinato obiettivo». Fra i due estremi sussiste una gamma di sfumature, al cui interno dovrebbe reperirsi l'esatto significato della disposizione da interpretare. Ora, secondo l'Or-

⁸³ *Thailand – Restriction on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* ("Thailand – Cigarettes"), Report of the Panel, DS/10R (7 novembre 1990), par. 75. Cenni alla prassi anteriore possono trovarsi in D. A. OSIRO, *GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and Its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, p. 123.

⁸⁴ Benché l'enunciato che compare nelle decisioni degli organi dell'OMC faccia riferimento a misure alternative compatibili o meno incompatibili con il GATT (*consistent with the General Agreement or less inconsistent with it*) invece che agli effetti restrittivi di tali misure, è quest'ultimo parametro ad essere effettivamente utilizzato nella prassi.

⁸⁵ Si veda, da ultimo, *ECs – Asbestos*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 8.199.

⁸⁶ *Korea – Measures Affecting the Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* ("Korea – Beef"), Report of the Appellate Body, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (11 dicembre 2000).

⁸⁷ Il quale autorizza, in deroga ai principi del libero commercio, l'adozione di misure, *inter alia*, «necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the [GATT], including those relating to (...) the prevention of deceptive practices». Questa disposizione condivide, con quella contenuta nell'art. XX(b), il nesso relativo «necessary». Nell'ambito del GATT, l'originaria formulazione del *least trade restrictive alternative test* è stata coniata proprio con riferimento a tale disposizione e solo in seguito "importata" nell'art. XX(b). Cfr. *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, par. 5.26. Inoltre, di recente, un *panel* ha statuito che «although (...) the Appellate Body ruling in [*Korea – Beef*] was made in the context of the invocation of Article XX(d), not Article XX(b), (...) the same considerations apply to both these subparagraphs of Article XX because [their] structure (...) is very similar. [Therefore], the approach of analysis followed by the Appellate Body in [*Korea – Beef*] is also appropriate for the analysis of a measure under Article XX(b)» (*European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, Report of the Panel, WT/DS246/R (1° dicembre 2003), par. 7.196.

⁸⁸ Il Governo coreano temeva che all'interno di un unico circuito di distribuzione sarebbe stato più facile per i commercianti frodare i consumatori spacciando carne importata (molto meno costosa) per carne coreana.

gano d'appello, ai fini dell'art. XX(d) GATT, il significato del termine «necessario» si situa «significantly closer to the pole "indispensable" than to the opposite pole of simply "making a contribution to"»⁸⁹. Su questo sfondo, l'Organo d'appello ha tracciato un'importante distinzione fra misure «indispensabili», rispetto alle quali, cioè, non esistono plausibili alternative, e provvedimenti che, pur non essendo tali, possono nondimeno rivelarsi necessari ai sensi dell'art. XX(d): «determination of whether a measure, which is not "indispensable", may nevertheless be "necessary" (...) involves in every case a *process of weighing and balancing* a series of factors»⁹⁰. L'Organo d'appello ha quindi identificato tre principali fattori destinati ad incidere sull'operazione di bilanciamento: «the *contribution made* by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the *common interests or values protected* by the law or regulation, and the accompanying *impact* of the law or regulation *on imports or exports*»⁹¹. Come l'Organo d'appello avrà occasione di precisare nel caso *ECs – Asbestos*, tali fattori si dispongono a fianco di un quarto elemento di valutazione, anch'esso implicito nel criterio di ragionevolezza che informa il *least-trade restrictive alternative test*: l'astratta individuazione di una misura alternativa può portare alla dichiarazione dell'illiceità del provvedimento contestato solo se è ragionevole pretenderne l'applicazione sotto il profilo dei costi amministrativi che essa comporta⁹².

⁸⁹ *Korea–Beef*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 86, par. 161.

⁹⁰ *Ivi*, par. 164 (corsivo aggiunto).

⁹¹ *Ivi*(corsivo aggiunto).

⁹² Cfr. *ECs – Asbestos*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 13, par. 170; *Thailand–Cigarettes*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 83, par. 74; *US – Gasoline*, Report of the Panel, WT/DS2/R (20 maggio 1996), par. 6.26 e 6.28; nonché *ECs – Asbestos*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 8.198. Per stabilire se, alla luce del fattore da ultimo menzionato, vi sia una misura alternativa ragionevole, è indispensabile vagliare l'adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto) non già della misura contestata, bensì della misura alternativa: si può dire, in astratto, che quest'ultima può considerarsi ragionevole solo se non comporta un sacrificio *sproporzionato* di risorse pubbliche. L'oggetto del giudizio non è quindi l'adeguatezza del livello di tutela prescelto dal membro autore della misura restrittiva, quanto piuttosto la ragionevolezza dei costi imputabili ad un provvedimento alternativo di pari efficacia. L'applicazione del criterio di bilanciamento appena descritto – un criterio di proporzionalità *stricto sensu* che trae la sua peculiarità dal fatto di operare all'interno del *least trade restrictive alternative test* – è bene illustrata dal caso *Korea – Beef*. Dopo aver astrattamente individuato una serie di misure alternative che avrebbero consentito di raggiungere lo stesso livello di tutela con minor sacrificio per gli scambi commerciali, l'Organo d'appello ha osservato che tali misure, pur comportando «higher enforcement costs for the national budget», non eccedevano gli oneri «*ordinarily* (...) borne by the Member's public purse» (Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 86, par. 181). Si veda, inoltre, *ECs – Asbestos*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 8.207, dove si afferma che la ragionevolezza di una misura alternativa deve essere valutata alla luce della situazione economica ed amministrativa del membro eventualmente chiamato ad applicarla. Il bilanciamento, quindi, non si effettua fra l'imperativo di tutelare la salute o l'ambiente, da un lato, e l'esigenza di minimizzare gli ostacoli al commercio, ma fra quest'ultima e l'intero complesso di interessi e valori che determina l'allocazione di risorse pubbliche all'interno del membro convenuto. Il criterio permette dunque di stabilire, di volta in volta, se sia o meno sufficiente il "prezzo" che il membro convenuto sta pagando per conciliare i propri imperativi di tutela (insindacabili) con i principi del libero commercio.

Ciascuno dei fattori sopra evidenziati opera *all'interno* del criterio della necessità, condizionandone l'applicazione al caso concreto⁹³. La loro esplicitazione, quindi, non si traduce in un mutamento della struttura del sindacato (dalla quale resta escluso il requisito della proporzionalità *stricto sensu*). Decisiva, in questo senso, appare un'ulteriore precisazione contenuta nella pronuncia d'appello relativa al caso *Korea – Beef*: «the weighing and balancing process we have outlined is comprehended in the determination of whether ... a less WTO-inconsistent measure is "reasonably available"»⁹⁴. Ciò che varia in funzione di tali fattori è, piuttosto, l'*intensità* dello scrutinio, vale a dire il rigore della verifica da effettuarsi alla luce dei criteri dell'idoneità e della necessità. Rigore che sarà tanto maggiore quanto più restrittiva, o meno efficace in rapporto all'obiettivo perseguito, risulti essere la misura contestata; tanto minore quanto più importante appaia l'esigenza che il provvedimento contestato mira a soddisfare. Nel caso *ECs – Asbestos*, ad esempio, l'Organo d'appello, prima di procedere all'applicazione del criterio della necessità, ha constatato che l'obiettivo della misura controversa era «both vital and important in the highest degree»; si trattava, infatti, di preservare «human life and health through the elimination, or reduction, of the well-known, and life-threatening, health risks posed by asbestos fibres»⁹⁵. Sembra dunque lecito ritenere che l'intensità dello scrutinio sia inversamente proporzionale alla gravità ed alla plausibilità del rischio. Non muta, invece, la *struttura* del sindacato, che resta bipartita, in armonia con il principio dell'autodeterminazione del livello di tutela⁹⁶.

⁹³ Cfr. K. NEUMANN e E. TÜRK, *Necessity Revisited: Proportionality in the World Trade Organization Law after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines*, in *Journal of World Trade*, 2003, p. 199, a p. 211, secondo i quali le recenti pronunce dell'Organo d'appello, «by strengthening the criterion "reasonably available" within the "necessary" test (...) [promise] to give more leeway to the regulating WTO Member»; esse introdurrebbero, quindi, «a kind of *de minimis* rule» nell'applicazione del criterio della necessità. Interessante è anche la lettura che, di tali sviluppi, ha offerto il Segretariato dell'OMC: l'interpretazione del «necessity requirement» si sarebbe evoluta «from a least-trade restrictive approach to a less-trade restrictive one, supplemented with a proportionality test» (*GATT/WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT Article XX, Paragraphs (b), (d) and (g)*, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/203 (8 maggio 2002), p. 16). *Contra* J. WIERS, *Trade and the Environment in the EC and the WTO. A legal Analysis*, Groningen, Europa Law Publishing, 2002, p. 242, secondo il quale la pronuncia dell'Organo d'appello nel caso *Korea – Beef* autorizza l'applicazione del criterio della proporzionalità in senso stretto (l'A., tuttavia, tralascia quanto ribadito dall'Organo d'appello nel caso *ECs – Asbestos* circa l'incontestabilità del diritto di ciascun membro dell'organizzazione a decidere autonomamente del proprio livello di protezione).

⁹⁴ *Korea – Beef*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 86, par. 166.

⁹⁵ *ECs – Asbestos*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 13, par. 172 (corsivo aggiunto).

⁹⁶ Sotto questo profilo può allora suscitare qualche perplessità il linguaggio adoperato dal *panel* incaricato di risolvere il caso *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples ("Japan – Apples")*. Concludendo nel senso dell'incompatibilità della misura contestata (in realtà, una *serie di misure* fitosanitarie finalizzate ad impedire la diffusione di una patologia che colpisce gli alberi da frutto) con l'art. 2.2 SPS, il *panel* ha osservato che, «given the *negligible risk* identified on the basis of the scientific evidence and the nature of the elements composing the phytosanitary measure at issue, (...) the measure is *clearly disproportionate* to the risk identified» (Report of the Panel, WT/DS245/R (15 luglio 2003), par. 8.181 e 8.198, corsivo aggiunto). Che il concetto di "proporzionalità" compaia accanto all'affermazione secondo cui il rischio di diffusione della patologia è

6. Il principio di precauzione come norma di garanzia a fronte di un penetrante sindacato sul "fondamento scientifico" delle barriere commerciali

La principale ragione per cui, nel contenzioso dell'OMC, il principio di precauzione è sempre più spesso invocato a difesa di barriere commerciali poste a tutela della salute o dell'ambiente, può essere rintracciata nella notevole intensità che i *panel* e l'Organo d'appello ormai imprimono alla verifica del *fondamento scientifico* di tali provvedimenti⁹⁷. Un'analisi cronologica del contenzioso in sede GATT/OMC rivela infatti un progressivo *approfondimento* di tale verifica. La questione può essere studiata come un aspetto particolare della disputa sullo *standard of review* applicabile nei procedimenti dinanzi ai *panel*: un sindacato marginale sull'esistenza o sulla corretta caratterizzazione del rischio invocato dal membro convenuto può infatti considerarsi espressione di uno *standard* improntato alla deferenza⁹⁸. Come si tenterà di

«trascurabile» potrebbe far pensare ad un'applicazione del requisito della proporzionalità in senso stretto: il *panel* non si limiterebbe ad accertare l'esistenza di un nesso causale fra la misura controversa e la prevenzione del rischio (trascurabile sì, ma proprio per questo esistente), per poi esaminarla alla luce del requisito della necessità; si spingerebbe oltre, affermando che un rischio di minore entità non giustifica una restrizione del commercio tanto rigorosa, anche se, in ipotesi, *necessaria* per prevenire quel rischio. Se così fosse, il principio di autodeterminazione del livello di tutela sarebbe stato disatteso. In realtà, la lettura della decisione nel suo insieme, anche alla luce dei chiarimenti in seguito apportati dall'Organo d'appello, rivela che il *panel*, a dispetto della terminologia impiegata, si è limitato ad esaminare l'*idoneità* della misura nel suo complesso e, in particolare, quella di *alcune sue componenti*. Subito dopo il passo sopraccitato, infatti, il *panel* ha osservato che, «in particular, some of the requirements applied by Japan as integral parts of the measure at issue are, either individually or when applied cumulatively with the other requirements of that measure, not supported by sufficient scientific evidence within the meaning of Article 2.2 [SPS]» (par. 8.198). In altre parole, alcune componenti della misura contestata – ad esempio, la condizione secondo cui le mele importate dagli Stati Uniti dovevano provenire da frutteti ispezionati almeno tre volte l'anno – non rispondevano ad alcuna esigenza fitosanitaria che fosse attestata da un minimo di dati empirici (par. 8.193-8.197); non potevano quindi considerarsi idonee a prevenire alcun rischio plausibile (questo punto è approfondito *infra*, par. 7). Quanto all'Organo d'appello, esso ha ritenuto opportuno precisare il significato della terminologia impiegata dal *panel*, forse per evitare possibili malintesi: «We note that the "clear disproportion" to which the Panel refers, relates to the application in this case of the requirement of a "rational or objective relationship between an SPS measure and the scientific evidence"» (*Japan – Apples*, Report of the Appellate Body, WT/DS245/AB/R (26 novembre 2003), par. 163). L'Organo d'appello chiarisce definitivamente che, nel caso in esame, il *panel* ha esaminato l'*idoneità* della misura controversa, non la sua proporzionalità *stricto sensu* (sul concetto di «rational or objective relationship» v. *infra*, par. 8).

⁹⁷ Come si ricorderà, il requisito dell'*idoneità* esige la presenza di un nesso causale tra applicazione della misura restrittiva e prevenzione del rischio. Sono quindi due, in astratto, le situazioni in cui detto requisito deve considerarsi non soddisfatto: una misura restrittiva è idonea se inefficace rispetto al fine di prevenire o attenuare un rischio per la salute o l'ambiente la cui esistenza non dà adito a controversie, oppure se risulta concepita per far fronte ad un rischio che possa dirsi inesistente o scorrettamente caratterizzato. La contestazione più radicale che una misura restrittiva possa subire è la negazione della sua idoneità intesa nella seconda delle accezioni anzidette. Se l'organo giudicante, infatti, si persuade dell'inesistenza del rischio che la misura attaccata intende prevenire, nessun altro provvedimento che si prefigga lo stesso fine potrà considerarsi lecito, salvo che un'evoluzione del quadro scientifico non smentisca le conclusioni raggiunte in sede processuale. Il giudizio sull'*idoneità* intesa nella prima accezione, invece, come quello relativo alla necessità, valuta piuttosto l'efficacia dei mezzi di tutela, non la plausibilità del fine perseguito.

⁹⁸ Nel caso *ECs – Hormones*, la Comunità, in appello, ha espresso forti riserve circa l'intensità,

dimostrare, la decisione del *panel* istituito nel caso *Thailand – Cigarettes* è un'illustrazione di tale atteggiamento, che non troverà riscontri nella prassi successiva.

In quel caso, il *panel* ha deciso che la Thailandia, rifiutando sistematicamente di concedere licenze per l'importazione di sigarette statunitensi, infrangeva il divieto d'imporre restrizioni quantitative di cui all'art. XI GATT. La Thailandia sosteneva che la propria condotta potesse giustificarsi in base all'art. XX(b) GATT, allegando, tra l'altro, che le sigarette statunitensi contenevano additivi cancerogeni e che dovevano perciò ritenersi più nocive di quelle prodotte localmente. Contro tale pretesa, gli Stati Uniti avevano invocato l'assenza di dati scientifici che stabilissero un nesso tra l'esposizione agli additivi controversi ed un rischio ulteriore rispetto a quello che notoriamente il fumo comporta. Chiamata ad esprimere un parere scientifico sul punto, l'Organizzazione mondiale della sanità aveva concluso in modo nettamente favorevole agli Stati Uniti, dichiarando che «there was no scientific evidence that one type of cigarettes was more harmful to health than another»⁹⁹. Ciononostante, il *panel* ha risolto il dissidio sulla nocività degli additivi assecondando implicitamente le preoccupazioni della Thailandia. Infatti, le restrizioni commerciali controverse sono state giudicate non rispondenti al requisito della necessità, non a causa dell'indimostrata nocività degli additivi, ma perché il *panel* ha individuato una misura alternativa compatibile con gli artt. XI e III:4 GATT, vale a dire un provvedimento non discriminatorio che imponesse una dichiarazione completa degli ingredienti, associato al divieto di commercializzare prodotti contenenti sostanze particolarmente nocive per la salute¹⁰⁰.

La lettura della decisione *Thailand – Cigarettes* recentemente offerta dal *panel* istituito nel caso *ECs – Asbestos* è, allo stesso tempo, frutto di un equivoco e sintomo dell'affermarsi di un nuovo metodo giudiziale. Il *panel* era

a suo dire eccessiva, dello scrutinio effettuato dal *panel* sul fondamento scientifico della misura contestata. Secondo la Comunità, i *panel* dovrebbero infatti attenersi ad un «deferential "reasonableness" standard when reviewing (...) a Member's determination that a particular inference from the available data is scientifically plausible» (Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 14). Il motivo è stato respinto dall'Organo d'appello, il quale, impiegando una terminologia piuttosto neutra, ha così statuito: «the applicable standard is neither *de novo* review as such, nor "total deference", but rather the "objective assessment of the facts"» (*ivi*, par. 117). Sul problema dello *standard of review* nel contenzioso dell'OMC, v., in generale, S. CROLEY - J. JACKSON, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 193; R. HOWSE, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence*, in J. H. H. WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA*, *cit. supra*, nota 80, p. 35; M. OESCH, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2003, p. 635; C. D. EHLERMANN - N. LOCKHART, *Standard of Review in WTO Law*, *ivi*, 2004, p. 491. Con particolare riferimento al caso della "carne agli ormoni", v. A. DESMEDT, *Hormones: "Objective Assessment" and (or as) Standard of Review*, in *ivi*, 1998, p. 695; M. SLOTBOOM, *The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Sanitary and Phytosanitary Measures*, *CMLR*, 1999, p. 471.

⁹⁹ *Thailand – Cigarettes*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 83, par. 53 (corsivo aggiunto).

¹⁰⁰ *Ivi*, par. 77.

chiamato a stabilire se il divieto di importare prodotti contenenti amianto – divieto imposto dalla Francia e difeso dalla Comunità europea – potesse giustificarsi in base all'art. XX(b) GATT. Il *panel* ha preliminarmente osservato che la causa imponeva un'indagine senza precedenti, poiché la parte attrice contestava finanche l'esistenza di un rischio imputabile all'uso di taluni prodotti contenenti amianto¹⁰¹. Secondo il *panel*, infatti, nel caso *Thailand – Cigarettes*, le parti erano «agreed on the existence and extent of the health problem»¹⁰², rilettura che, evidentemente, confonde il generico rischio associato al fumo con quello rappresentato dagli additivi, la cui pericolosità era stata denunciata da una parte ma fermamente negata dall'altra.

Se si restituisce alla pronuncia *Thailand – Cigarettes* il suo autentico significato, risalta meglio la novità della decisione *ECs – Asbestos*, che non deriva dalle peculiari caratteristiche del caso né dalla strategia argomentativa delle parti, ma consiste precisamente nel penetrante sindacato esercitato dal *panel* sul fondamento scientifico della misura controversa. Nel caso di specie, l'accertamento relativo all'esistenza del rischio è fondato su un'interpretazione letterale, *logicamente ineccepibile*, dell'art. XX(b) GATT: «inasmuch as they include the notion of "protection", the words "policies designed to protect human life or health" imply the existence of a *health risk*. We must therefore determine (...) whether chrysotile-asbestos (...) poses a risk to human life or health»¹⁰³. Non si trattava, quindi, di infrangere una barriera logica – essendo il requisito dell'idoneità logicamente deducibile da quello della necessità¹⁰⁴ – quanto d'imprimere maggiore incisività al sindacato sulle barriere commerciali nominalmente finalizzate alla tutela della salute o dell'ambiente.

Questo esito appare riconducibile all'influenza esercitata dell'Accordo SPS, nonché della prassi ad esso relativa, sull'interpretazione dell'art. XX(b) GATT. Ai sensi dell'art. 2.2 SPS, una misura restrittiva non può essere mantenuta in vigore «without sufficient scientific evidence»: il requisito dell'idoneità acquisisce dunque autonomia sintattica e si affianca al concetto di necessità, enunciato nella stessa disposizione. Nella decisione *ECs – Asbestos* si dichiara l'intento di attingere, dalla prassi relativa all'Accordo SPS, un metodo d'analisi consono alla risoluzione di controversie «ad alto tenore scientifico»¹⁰⁵; vi prolifera un linguaggio caratteristico di tale accordo, che segnala

¹⁰¹ Si trattava di pannelli per l'edilizia contenenti amianto imprigionato in matrici di cemento armato ad alta densità. Cfr. *ECs – Asbestos*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 8.173.

¹⁰² *Ivi*, par. 8.174.

¹⁰³ *Ivi*, par. 8.170.

¹⁰⁴ Un provvedimento inidoneo al conseguimento di un determinato fine, per definizione non può, in rapporto allo stesso fine, considerarsi necessario.

¹⁰⁵ *ECs – Asbestos*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 8.180. È quindi possibile sostenere che, in relazione allo stesso tipo di controversie, la medesima tecnica giudiziale caratterizzerà anche l'applicazione dell'Accordo TBT. Cfr. F. FRANCONI - M. MONTINI, *Integrating Scientific Evidence into Environmental Law: The International Dimension*, in A. BIONDI - M. CECCHETTI

una saldatura fra tecniche di giudizio¹⁰⁶. Si realizza, in questo modo, uno degli obiettivi dichiarati nel preambolo dell'Accordo SPS, ossia «to elaborate rules for the application of (...) the provisions of Article XX(b)».

Nel contenzioso dell'OMC, in armonia con l'intento che ha ispirato la redazione dell'Accordo SPS, la scienza diventa strumento di capillari indagini giudiziarie. Eppure, l'indagine scientifica, anch'essa terreno di controversie, non sempre è in grado di fornire al giudice parametri di valutazione univoci. L'accrescersi del ruolo della scienza in sede contenziosa nasconde allora un'insidia. Un'ipotesi scientifica, corroborata dall'esperienza e largamente accreditata presso la comunità scientifica, ma *controversa*, potrebbe, presentandosi al giudice con le sembianze di un parametro di giudizio obiettivo, determinare l'illiceità di una misura restrittiva fondata su un'ipotesi scientifica concorrente. Ne risulterebbe vanificato il diritto, appartenente a ciascun membro dell'OMC, di stabilire *standard* ambientali e sanitari *soggettivamente* adeguati. Il principio di precauzione, che può considerarsi corollario di tale diritto ne è, al contempo, garanzia: la sua principale funzione, infatti, consiste nell'indirizzare l'accresciuta penetrazione del sindacato sul fondamento scientifico verso esiti rispettosi di tale diritto¹⁰⁷.

- S. GRASSI - M. LEE (a cura di), *Scientific Evidence in European Environmental Rule-Making*, The Hague, Kluwer, 2003, p. 17, a p. 32.

¹⁰⁶ Le corrispondenze sono numerose: si afferma, ad esempio, che il ruolo del *panel* consiste nell'accertare se vi sia «sufficient scientific evidence to conclude that there exists a risk for human life or health» (*ibidem*, par. 8.182).

¹⁰⁷ Secondo J. PEEL, *Risk Regulation under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?*, Jean Monnet Working Paper 02/04, New York, 2004, gli organi dell'OMC, a differenza di altre istituzioni nazionali o internazionali (come la Comunità europea), operano in una sorta di «vuoto normativo», situazione che li costringe ad utilizzare la scienza come criterio unico o principale per distinguere l'illecito dal lecito. Nelle parole dell'A.: «In most cases (...) WTO decision-makers reviewing national SPS measures will be operating in a "normative vacuum" where the only criterion available to guide the "balance" struck between competing risk regulatory policies of Members is that of science» (p. 95). L'A. però non considera che, nel sistema dell'OMC, sono il principio di autodeterminazione del livello di tutela, ed il principio di precauzione "facoltativo" che ne deriva, a fornire il criterio *normativo* che, in sede contenziosa, orienta la valutazione degli elementi scientifici addotti a sostegno o a sfavore di una misura restrittiva. In realtà, è l'A. a "creare" il «vuoto normativo» di cui parla: dapprima sostituendo il principio dell'autodeterminazione, che pure è radicato nel diritto e nella prassi dell'OMC, con un criterio normativo diametralmente opposto, ossia quello della «global legitimacy» delle politiche di tutela adottate dai singoli Membri; infine arguendo che, non esistendo nel quadro dell'OMC un'istanza politica capace di esprimere in modo sistematico scelte accettabili per tutti i Membri, e non potendo quindi realizzarsi *in concreto* il valore della «global legitimacy», si crea quel vuoto normativo che la scienza si affretta a riempire! Questi i passi da cui traspare questa implicita e non argomentata costruzione (i corsivi sono aggiunti): «deference to the risk management policies of Members is more difficult for WTO decision-makers to countenance in SPS disputes as there is no guarantee that the social and policy concerns influencing a particular Member's risk management decisions will be *recognized as valid by the Membership as a whole*» (p. 83); «Without the option of being able to defer to a regulatory authority whose policy judgments and value choices have *global legitimacy*, or to adjust the stringency of judicial review of risk regulatory measures according to an *agreed normative goal*, decision-makers will fall back on the advice of scientists and the opinion they offer about the available evidence of risk» (pp. 95-96); «In the absence of a true normative yardstick for evaluating national decisions (...) science becomes a default criterion for determining whether measures pursuing the level of risk chosen by Members *receive international endorsement* or not» (p. 96); «Without a strong rationale for deference or international normative standards that could resolve an

7. Incertezza scientifica e rischio rilevante: i "confini" del principio di precauzione

In precedenza si è più volte accennato al principio di autodeterminazione del livello di tutela (o di *protezione*). Nel caso *ECs – Asbestos*, il *panel* ha pianamente osservato che il concetto di "rischio" è implicito in quello di "protezione"¹⁰⁸. Definire il livello di protezione equivale dunque a stabilire, ancora una volta in piena autonomia, il grado di rischio accettabile in una determinata situazione. Eppure, tale libera determinazione non è completamente svincolata da parametri obiettivi: come si vedrà, una nozione oggettiva di *rischio rilevante* s'impone per necessità logica e giuridica e si traduce in una delimitazione della portata del principio di precauzione.

Nel caso *ECs – Hormones*, la Comunità ha sostenuto che nulla, nel *dossier* scientifico prodotto dalle controparti, fosse in grado di provare, al di là di qualsiasi dubbio, che il consumo di "carne agli ormoni" non presentava alcun rischio per la salute («*no risk whatsoever*»); che, inoltre, avendo essa prescelto un livello di tutela massimo («*risk other than zero is not acceptable*»), il divieto di importazione da essa decretato fosse perfettamente lecito¹⁰⁹. Il *panel* ha rigettato la pretesa osservando che i rischi potenziali evocati dalla Comunità «are present for any substance [and] are only the consequence of science not being capable of assuring that no risk will ever arise from a substance»¹¹⁰.

Quest'affermazione, inoppugnabile sul piano epistemologico, chiarisce che il tentativo di delimitare la sfera d'applicazione del principio di precauzione a situazioni di incertezza scientifica non è praticabile *sic et simpliciter*. L'incertezza scientifica, infatti, non è una qualità comune ad un insieme delimitato di situazioni, ma pervade l'intero universo delle situazioni possibili

appropriate balance between different risk regulatory policies where nations disagree on acceptable levels of risk and the underlying scientific evidence, current scientific knowledge concerning whether a product is safe or risky becomes the default basis for determining whether its international dissemination is desirable» (p. 99). Affermazioni alle quali è possibile ribattere che, in virtù del principio di autodeterminazione, non è affatto necessario che la politica di prevenzione del rischio adottata da un Membro sia «recognized as valid by the Membership as a whole», come è irrilevante che la scelta del livello di tutela operata da un membro «receive international endorsement»; infine, il fatto che i membri discordino a proposito degli «acceptable levels of risk» non è altro che un'espressione della loro autonomia. Quanto al principio in parola, l'A. non lo ignora, ma afferma che, in pratica, «the flexibility engendered by the Appellate Body's broad interpretation of a Member's right to establish autonomously its appropriate level of protection is offset by an approach which draws heavily on scientific advice when determining the relationship between a Member's measures and the risk management goals it has set» (p. 83). Tuttavia, non esiste alcun rapporto di necessaria implicazione tra, da un lato, l'uso della scienza nel valutare se una misura restrittiva sia o meno idonea a prevenire un determinato rischio e, dall'altro, una (drastica) compressione della sfera di autonomia di cui godono i membri dell'OMC. L'impiego della scienza può comportare una tale compressione, ma, appunto, solo se effettuato in modo non conforme ai principi di autodeterminazione e di precauzione.

¹⁰⁸ Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 8.170.

¹⁰⁹ Report of the Panel, *cit. supra*, nota 63, par. 8.152.

¹¹⁰ *Ivi*, par. 8.156.

li¹¹¹. Così, quando il *panel* rigetta l'argomento della Comunità sopra menzionato, afferma, una volta per tutte, che la c.d. "Sfida di Hume" – ossia la scoperta dell'impossibilità di *verificare* un'ipotesi induttiva qualsiasi¹¹² – non può essere impiegata come argomento processuale. Altrimenti, si dovrebbe ammettere che una questione cruciale, ossia quella che consiste nel sapere se una restrizione degli scambi sia o meno *idonea* alla prevenzione del rischio paventato, si risolve sempre, e ancor prima di essere dibattuta in giudizio, a favore della parte convenuta. Appare quindi necessario identificare un criterio

¹¹¹ Ai fini del presente lavoro merita appena un cenno la disputa, essenzialmente teorica, sulla distinzione tra precauzione e prevenzione. La maggior parte degli autori si disfa del problema affermando che l'ambito di applicazione del principio di precauzione è specialmente qualificato dalla nozione di "incertezza scientifica": se gli effetti di un determinato comportamento sono invece sperimentalmente noti o rappresentabili mediante una funzione probabilistica, si deve parlare non di "precauzione", ma di "prevenzione" (in questo senso, v., per tutti, A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, cit. supra, nota 1, p. 36). Tuttavia, la nozione, assai vaga, deve essere meglio precisata se non si vuole cadere nel paradosso del "passaggio dall'incertezza alla certezza", così formulato da N. HAIGH, *The Introduction of the Precautionary Principle in the United Kingdom*, in T. O'RIORDAN - J. CAMERON, *Interpreting the Precautionary Principle*, cit. supra, nota 21, p. 229, a p. 241: «Since there is likely to be uncertainty when uncertainty disappears there will also be uncertainty about whether to talk of the principle of precaution rather than of prevention». Di fronte ad un simile paradosso, le vie d'uscita possibili sono due. O si abbandona l'idea di tracciare un'autentica linea di demarcazione tra le nozioni di prevenzione e di precauzione, come fanno, ad esempio, J. CAMERON - W. WADE-GERY - J. ABOUCHAR, *Precautionary Principle and Future Generations*, in E. AGIUS - S. BUSUTTIL (a cura di), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1997, p. 93 ss, a p. 101 (che descrivono impercettibili transizioni da un ambito all'altro) o A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, cit. supra, nota 1, p. 39 (il quale supera la difficoltà affermando che le due nozioni costituiscono «two sides of the same coin»), tanto che, si potrebbe aggiungere, la decisione sulla norma applicabile potrebbe prendersi gettando la monetina). L'opzione è perfettamente legittima, poiché lascia immutato il problema sostanziale, che consiste sempre nel sapere quali siano i confini oltre i quali la precauzione non può spingersi (cfr. A. KISS - D. SHELTON, *International Environmental Law*, 2^a ed., Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2000, p. 265, i quali qualificano la precauzione come «the most developed form» di prevenzione). L'opzione alternativa, più soddisfacente sotto il profilo dogmatico, tenta di superare il paradosso poc'anzi enunciato. Di questo bisogna innanzitutto chiarire i termini sul piano epistemologico: sebbene alcuni fenomeni futuri possano essere considerati appartenenti ad un ambito di ragionevole certezza – grazie ad un diffuso sapere tradizionale o, in senso più forte, in ragione della disponibilità di consistenti dati sperimentali che corroborano la percezione di un determinato nesso causale – l'incertezza, per l'epistemologia, è attribuito inevitabile di qualsiasi proposizione predittiva (cfr. G. GIORELLO - M. MOTTERLINI, *Crescita della conoscenza e fallibilismo*, in G. GIORELLO, *Introduzione alla filosofia della scienza*, cit. supra, nota 9, p. 13); e poiché l'agire preventivo non può che fondarsi sulla previsione di eventi (infausti), esso appare riassorbito nella sfera di applicazione del principio di precauzione. Il secondo passaggio consiste nel precisare la nozione di "incertezza scientifica": con buona pace del carattere intrinsecamente incerto delle predizioni scientifiche, vi sono situazioni in cui chiunque considererebbe non solo imprudente ma dissennato adottare un determinato comportamento (ad esempio, tentare di attraversare in corsa un muro di pietra, come talvolta minacciava di fare Wittgenstein a lezione – l'aneddoto è riportato da D. EDMONDS - J. EIDINOW, *La lite di Cambridge*, Milano, Garzanti, 2002). Ciò può avvenire perché esistono, in effetti, massime incontroverse. Per definire una linea di demarcazione tra prevenzione e precauzione è dunque sufficiente spostarsi dal piano dei fatti a quello delle congetture ideate (e testate) per spiegarli, ovvero sostituire la coppia "certezza/incertezza" con la coppia "sapere incontroverso/sapere controverso". D'ora in poi si intenderà la nozione di "incertezza scientifica" nel senso di presenza di una controversia scientifica (intesa in senso lato).

¹¹² Cfr. G. GIORELLO - M. MOTTERLINI, *Crescita della conoscenza e fallibilismo*, cit. supra, nota 111); G. BONIOLO - P. VIDALI, *Filosofia della scienza*, cit. supra, nota 9, p. 221 ss; D. GILLIES - G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Bari, Laterza, 2001, pp. 5-11.

di demarcazione¹¹³ che definisca i confini entro i quali il principio di precauzione può essere validamente invocato.

In termini epistemologici, la non verificabilità di un'ipotesi induttiva è postulato imprescindibile di ogni teoria scientifica, ma non è, essa stessa, una teoria scientifica, poiché non contiene una classe di *falsificatori potenziali*, ossia quelle asserzioni-base che possono essere *smentite dall'esperienza*. In altre parole, la negazione della verificabilità delle inferenze induttive non è suscettibile di falsificazione, poiché presuppone che nessuna esperienza possa smentirla. Ad esempio, nessuna osservazione epidemiologica che confermi che l'esposizione ad una sostanza *x* non provoca danni percettibili alla salute può confutare la seguente asserzione: «l'esposizione alla sostanza *x* comporta un rischio perché l'epidemiologia, scienza fondata sull'induzione, non può dimostrarne la salubrità»; al contrario, è possibile, *mediante l'esperienza*, smentire quest'altra asserzione: «diverse varietà di nettarino reagiscono in modo diverso ad un identico trattamento di quarantena».

Se per l'epistemologia è indispensabile ricercare un criterio di demarcazione fra scienza e «s sofisticheria»¹¹⁴, nel diritto dell'OMC è del pari necessario stabilire un discrimine tra affermazioni controvertibili e asserzioni che non si prestano ad essere trattate secondo i principi del contraddittorio. Solo le asserzioni del primo tipo descrivono situazioni di incertezza scientifica in presenza delle quali l'invocazione del principio di precauzione può dirsi ammissibile¹¹⁵. Era dunque inevitabile che, nell'ambito considerato, si manifestasse precocemente l'esigenza di elaborare una nozione di rischio rilevante. Secondo le considerazioni appena svolte, rileva solo il rischio la cui esistenza sia identificabile e confutabile tramite la dialettica processuale, *avvalendosi di massime tratte dall'esperienza*¹¹⁶.

¹¹³ Terminologia ed argomenti sono ricavati da K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery* (1959), trad. it. *La logica della scoperta scientifica*, 3^a ed., Torino, Einaudi, 1998.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁵ Un'affermazione che ricadrebbe al di là del criterio di demarcazione proposto può reperirsi in una sentenza della Corte EFTA: «a Contracting Party may invoke the precautionary principle, according to which it is sufficient to show that there is relevant scientific uncertainty with regard to the risk in question» (sentenza del 5 aprile 2001 in causa n. causa E-3/00, *EFTA Surveillance Authority c. Norvegia*, reperibile sul sito <http://www.efta.int>, punto 25). In dottrina il problema della demarcazione è generalmente sottovalutato: v., ad esempio, O. BLIN, *La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation mondiale du commerce*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1999, p. 43, a p. 48; C. JOERGES, *Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level – Stories on Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef*, in *Columbia Journal of European Law*, 2001, p. 1, a p. 18; A. NEUMAYER, *Greening the WTO Agreements*, cit. *supra*, nota 71), p. 158; A. NOLLKAEMPER, *What you risk reveals what you values" and Other Dilemmas Encountered in the Legal Assault on Risks*, in D. FREESTONE - E. HEY, *The Precautionary Principle and International Law*, cit. *supra*, nota 1, p. 73, a p. 84; N. SALMON, *A European Perspective on the Precautionary Principle, Food Safety and the Free Trade Imperative of the WTO*, in *EL Rev.*, 2002, p. 138.

¹¹⁶ A parere di chi scrive, un *panel* non può che alludere al metodo scientifico sperimentale quando afferma di dover attribuire «full meaning to the term "scientific" and conclude that, in the context of Article 2.2 [SPS], the evidence to be considered should be evidence gathered through

Questa conclusione è confermata dai verdetti espressi dai *panel* e dall'Organo d'appello ed è stata da quest'ultimo formulata in modo relativamente chiaro nel caso *Australia – Salmon*: «the "risk" evaluated in a risk assessment must be an ascertainable risk», mentre l'invocazione di un rischio derivante da una situazione di «theoretical uncertainty» non è sufficiente per giustificare un ostacolo al commercio¹¹⁷. Non è dunque ammissibile eccepire l'esistenza di un rischio meramente speculativo, il quale, per definizione, non può essere smentito dall'esperienza¹¹⁸.

Quanto detto finora comporta una duplice conseguenza. In primo luogo, risulta ridimensionata, anche se marginalmente, la portata del principio di autodeterminazione del livello di tutela. Tale livello non potrà infatti essere innalzato ad un punto tale da giustificare la prevenzione di rischi la cui esistenza sia attestata da procedimenti *puramente* speculativi. Questa affermazione esige tuttavia una precisazione, peraltro suggerita da un equivoco emerso nella prassi.

Nel caso *Australia – Salmon*, il Panel ha osservato che una procedura di valutazione del rischio «cannot be premised on the concept of "zero risk"»¹¹⁹, affermazione che ha suscitato l'immediata reazione della Comunità europea, la quale, intervenuta nel procedimento d'appello, ha espresso il timore che il linguaggio impiegato dal *panel* potesse essere interpretato nel senso che «a "zero risk" level of protection is not a choice open to a Member under the SPS Agreement»¹²⁰. Una simile interpretazione avrebbe in effetti comportato l'intrusione in una sfera riservata alla competenza dei Membri, ossia quella relativa al giudizio sull'adeguatezza (o proporzionalità in senso stretto) di un provvedimento restrittivo. Ebbene, l'Organo d'appello ha risolto l'equivoco distinguendo opportunamente fra «rischio nullo *a priori*», nozione che coincide con quella di rischio meramente speculativo, e «soppressione del rischio», risultato che ciascun membro può lecitamente perseguire erigendo barriere commerciali, fermo restando che l'obiettivo di tali misure non può

scientific methods, excluding by the same token information not acquired through a scientific method» (cfr. *Japan – Apples*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 96, par. 8.92).

¹¹⁷ *Australia – Salmon*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 81, par. 125.

¹¹⁸ Non sembra pertanto condivisibile la tesi secondo cui la qualificazione di un rischio come (non) "puramente speculativo" non può effettuarsi sulla base di criteri obiettivi e dipende essenzialmente dall'atteggiamento più o meno deferente del giudice. Così J. PEEL, *Risk Regulation under the WTO SPS Agreement*, *cit. supra*, nota 107, p. 70: «drawing a bright line distinction between risks considered to be "merely hypothetical" and evidence suggestive of "a real threat" to health or the environment is not an easy task (...) [t]herefore, in practice, whether a risk is determined to be purely a matter of "theoretical uncertainty" or a serious cause for concern will depend upon how demanding reviewing courts are in asking for risk regulatory measures to have scientific support».

¹¹⁹ *Australia – Salmon*, Report of the Panel, WT/DS18/R (12 giugno 1998), par. 8.81.

¹²⁰ *Australia – Salmon*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 81, par. 65. Sul punto v. anche V. RUBINO, *Commento alla sentenza Hahn: Limiti alla fissazione di una tolleranza nei prodotti alimentari con riferimento al diritto comunitario e alla luce degli Accordi OMC*, in questa *Rivista*, 2003, p. 309, pp. 323-324.

consistere nella soppressione di un rischio la cui esistenza non sia minimamente confermata dall'esperienza¹²¹.

La seconda conseguenza attiene all'interpretazione della problematica nozione di «sufficient scientific evidence» di cui all'art. 2.2 SPS¹²². A questo proposito, è possibile dire che, per giustificare una misura restrittiva non è sufficiente, ai sensi di quella disposizione, allegare l'esistenza di un rischio meramente speculativo, cioè onnipresente ed inconfutabile¹²³.

¹²¹ *Australia – Salmon*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 81, par. 125.

¹²² Nozione che, come s'è visto *supra* (nota 106 e relativo testo), riveste ormai un'importanza centrale anche nell'applicazione dell'art. XX GATT.

¹²³ La tesi sulla delimitazione del principio di precauzione qui enunciata attribuisce alla "scienza" il ruolo di parametro sostanziale nell'accertamento della liceità di misure restrittive del commercio. Come si vedrà meglio nel prosieguo, si tratta in realtà di un ruolo "minimo": la scienza è intesa come interpretazione controvertibile di fatti empirici, mentre uno solo di questi fatti, se la sua interpretazione non è confutata da ulteriori osservazioni, basta per giustificare una misura restrittiva (cfr. *infra*, par. 8-11). Argomentando in questo modo, il presente lavoro intende offrire una prospettiva sul diritto *vigente*. Radicalmente diversa è quindi l'impostazione di chi, esaminando criticamente il diritto dell'OMC (e specialmente l'Accordo SPS) in una prospettiva *de jure condendo*, conclude che alla scienza non dovrebbe essere attribuito alcun ruolo sostanziale nella valutazione dei provvedimenti ambientali o sanitari deliberati dai singoli Membri dell'organizzazione. Parte della dottrina (J. BOHANES, *Risk Regulation in WTO Law: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, p. 323) ha infatti sostenuto, in sintesi, che la «legittimità democratica» deve in ultima istanza e in ogni caso prevalere sulla «legittimità scientifica»: «the public's choice, as embodied in a democratically legitimized decision, should be respected, even if this outcome (...) is not consistent with scientific analysis» (p. 356). Su questa base, lo stesso autore ha proposto di interpretare l'Accordo SPS (e di modificarlo dove necessario) tenendo conto di una «versione estesa» o «procedurale» del principio di precauzione, secondo la quale una misura è lecita se scaturisce da una deliberazione che tiene conto dalla scienza, senza però che le determinazioni di quest'ultima comportino alcun vincolo: «If the requirements of informed, transparent, and comprehensive deliberation are fulfilled, however, the ultimate decision prerogative, including the prerogative to regulate where science does not find a need to do so (or vice versa), should rest with the legislator. As a result, a national trade-impeding health regulation unsupported by science could be "purified by a bona fide public risk perception" and pass muster under WTO dispute settlement» (p. 365); «scientific findings [may] be "overruled" – but only by means of a transparent process where such scientific findings are made known and their implications meaningfully debated» (pp. 380-381). In senso analogo si era già espresso R. HOWSE, *Democracy, Science, and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization*, in *Michigan Law Review*, 2000, p. 2329, dove si sostiene che «the appropriate role of scientific expertise in the regulatory process is not to trump citizens' intuitive judgments about which risks are acceptable and which not, but rather to help ensure that citizens' judgments result from an appropriately structured deliberative process» (p. 2335); di conseguenza, l'espressione «sufficient scientific evidence» dovrebbe essere intesa nel senso di «evidence that is needed if science is to play this democratic role in risk regulation, not to some threshold of scientific proof or certainty below which democratic judgments about risk are illegitimate» (p. 2341). Una compiuta discussione delle tesi appena descritte esula dal presente lavoro, il quale, tuttavia, di tali tesi non condivide alcune premesse. Quando, ad esempio, HOWSE afferma che i giudizi espressi dagli organi dell'OMC «about what constitutes de minimus scientific evidence (...) would themselves entail substantive judgments of value concerning the regulatory process, begging the question of which regulatory values should determine the "minimum"» (p. 2334), non tiene conto del fatto che il principio di autodeterminazione del livello di tutela è il "valore costituzionale" che determina il minimo necessario per giustificare una misura restrittiva sotto il profilo scientifico (cfr. *infra*, par. 8-11). Quando BOHANES afferma che «no definition of the precautionary principle sufficiently answers [a question that is] fundamental to its practical application to specific situations: (...) exactly what (if not scientifically proven facts) must be known before measures shall be taken and with what degree of certainty?» (pp. 331-332), non vede che un'analisi critica della nozione di incertezza scientifica può fornire un adeguato criterio di demarcazione.

8. Relatività del requisito del fondamento scientifico

Tracciati i limiti entro i quali risulta ammissibile l'invocazione del principio di precauzione, è ora possibile tentare una ricostruzione dei contenuti normativi che tale principio esplica all'interno del sistema. A tal fine, è indispensabile chiarire preliminarmente la distinzione tra aspetti procedurali e sostanziali dell'accertamento del fondamento scientifico.

La distinzione assume particolare rilievo nella sfera d'applicazione dell'Accordo SPS. Ai sensi dell'art. 5.1 SPS, infatti, i Membri dell'OMC assicurano che le misure sanitarie e fitosanitarie da essi adottate (o mantenute in vigore) siano fondate su una valutazione del rischio che le stesse intendono prevenire o attenuare. Tra gli elementi che i Membri devono prendere in considerazione nel compiere tale valutazione, un ruolo specifico svolgono, ai sensi dell'art. 5.2 SPS, i dati scientifici disponibili¹²⁴. La relazione che deve sussistere fra misura sanitaria e valutazione del rischio è stata descritta dall'Organo d'appello nei seguenti termini: «the result of the risk assessment must sufficiently warrant – that is to say, reasonably support – the SPS measures at stake»¹²⁵. Un analogo criterio di ragionevolezza è fatto scaturire dall'interpretazione della nozione di «prove scientifiche sufficienti» di cui all'art. 2.2 SPS: «"sufficiency" is a relational concept [which] requires the existence of a sufficient or adequate relationship between two elements, *in casu*, between the SPS measure and the scientific evidence»¹²⁶.

La prassi indica che, mentre la violazione dell'art. 5.1 SPS implica *ipso facto* l'incompatibilità della misura controversa con l'art. 2.2 SPS, non tutte le misure fondate su un procedimento di valutazione del rischio, e dunque compatibili con l'art. 5.1 SPS, sono necessariamente conformi al requisito di cui

¹²⁴ Non si tratta, tuttavia, dell'unico fattore pertinente, come specifica lo stesso art. 5.2 SPS, che, *inter alia*, menziona l'incidenza che i processi di produzione, nonché i metodi di ispezione, campionamento ed indagine possono avere sulla valutazione dei rischi. A questo proposito, l'Organo d'appello ha precisato che «there is nothing to indicate that the listing of factors [in Article 5.2] was intended to be a closed list. It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world were people live and work and die» (*ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 187). Criticano questa interpretazione R. QUICK - A. BLÜTHNER, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the Two Hormones Cases*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 1999, p. 603, p. 608. Secondo gli Autori, l'Organo d'appello finisce in tal modo per legittimare l'interferenza di fattori sociali e politici (ad esempio, le preoccupazioni dei consumatori) nella procedura di valutazione del rischio, aprendo così la strada ad abusi protezionistici. Il timore è infondato, poiché, da un lato, il requisito del fondamento scientifico resta fermo in virtù dell'art. 2.2 SPS e, dall'altro, il timore dei consumatori può ovviamente esser preso in considerazione al fine di stabilire – scelta eminentemente politica – il livello di tutela da apprestare contro determinati rischi.

¹²⁵ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 193.

¹²⁶ *Japan – Measures Affecting Agricultural Products ("Japan – Varietals")*, Report of the Appellate Body, WT/DS76/AB/R (22 febbraio 1999), par. 73.

all'art. 2.2 SPS¹²⁷. Ciò è possibile perché l'art. 5.1 SPS impone un obbligo di natura in senso lato procedurale¹²⁸, mentre l'art. 2.2 SPS concerne il fondamento scientifico della misura restrittiva in senso sostanziale. In questa prospettiva, è infatti possibile concepire come una misura, supportata da una valutazione del rischio conforme all'art. 5.1 SPS, possa poi rivelarsi infondata ex art. 2.2 SPS, circostanza che si verifica allorché l'ipotesi scientifica sottesa alla valutazione del rischio, sebbene metodologicamente valida all'epoca della sua formulazione, risulti *inequivocabilmente* confutata dall'esperienza, quindi obsoleta.

Si può osservare, a questo punto, che la "solidità" degli elementi scientifici richiesta a norma degli artt. 2.2 e 5.1 SPS risulta essere tanto minore quanto più è complessa la valutazione del rischio su cui deve fondarsi la misura restrittiva contestata. Il principio della *relatività del fondamento scientifico* emerge con chiarezza dal raffronto fra i casi *Japan – Varietals* ed *ECs – Hormones*.

Nel primo caso, gli Stati Uniti contestavano la legittimità del c.d. *varietal testing requirement (vtr)*, a norma del quale l'importatore doveva dimostrare, per ogni varietà di un medesimo frutto (ad esempio: mele stark, gold ecc.), l'equivalenza fra le misure fitosanitarie da esso applicate ed il livello di protezione stabilito dalla legislazione giapponese al fine di prevenire la diffusione di un parassita. Secondo il Giappone, il *vtr* era giustificato da studi che mostravano differenze statisticamente significative nei valori CxT relativi a diverse varietà dello stesso prodotto, dove per CxT s'intende la concentrazione di gas disinfestante che permane nella camera di fumigazione (C) al termine di un trattamento di quarantena di una certa durata (T). Tali studi supponevano che la parte restante del gas immesso nella camera di fumigazione "svanisce" perché assorbito dalla frutta sottoposta al trattamento. Essendo l'efficacia del trattamento inversamente proporzionale alla quantità di gas assorbita dalla frutta, una volta constatato che il coefficiente di assorbimento mutava a seconda della varietà considerata, gli studi commissionati dal Giappone concludevano raccomandando l'applicazione del *vtr*. Tuttavia, la scarsa accuratezza degli esperimenti su cui quegli studi si fondavano, eccezion fatta dagli Stati Uniti, è stata facilmente rilevata dai periti del *panel*. In effetti, l'asserzione secondo cui il variare dei coefficienti di assorbimento dipendeva della caratte-

¹²⁷ *Australia – Salmon*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 81, par. 137-138.

¹²⁸ Non si tratta di un requisito procedurale in senso stretto poiché, come ha chiarito l'Organo d'appello nel caso *ECs – Hormones* e contrariamente a quanto ritenuto dal *panel* nello stesso caso, non è necessario che una valutazione del rischio sia stata eseguita *prima* di adottare la misura controversa affinché questa possa dirsi conforme all'art. 5.1 SPS; altrimenti, *sub art.* 5.1 SPS, non si potrebbero prendere in considerazione tutti gli elementi scientifici adottati a sostegno del provvedimento contestato (cfr. *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 189-190). L'art. 5.1 SPS impone quindi un obbligo procedurale nel senso di "metodologico", che peraltro risulta interamente assorbito dalle disposizioni dell'art. 2.2 SPS.

ristiche organolettiche di ciascuna varietà non era affatto desumibile dagli esperimenti effettuati: le differenze potevano anche essere dovute all'interferenza di variabili estranee – ad esempio, la tenuta più o meno stagna della camera di fumigazione, l'assorbimento dei materiali da imballaggio, il diverso grado di maturazione della frutta trattata ecc. – che non erano state controllate nel corso degli esperimenti contestati. Il *panel* ha perciò statuito che il Giappone, non avendo dimostrato l'esistenza di un nesso razionale tra la misura fitosanitaria controversa e gli studi scientifici prodotti in giudizio, agiva in modo non conforme all'art. 2.2 SPS¹²⁹.

A prima vista, il criterio di valutazione utilizzato dal *panel* potrebbe apparire eccessivamente restrittivo: «even though Japan may have some data (...) possibly hinting at relevant varietal differences, no evidence before this Panel makes the *actual causal link* between the differences in the test results and the presence of varietal differences»¹³⁰. In appello, il Giappone ha prevedibilmente eccepito che una simile interpretazione dell'art. 2.2 SPS, comportando la necessità di dimostrare l'esistenza di un «nesso causale effettivo», si poneva in aperto contrasto con il principio di precauzione¹³¹. Nella stessa sede, la Comunità ha arguito che il criterio enucleato dal *panel* fosse «narrower in scope than the rational relationship test», già elaborato dall'Organo d'appello nel caso *ECs – Hormones*¹³². L'Organo d'appello ha tuttavia confermato la conclusione del *panel*, statuendo che il criterio contestato fosse in realtà desumibile dal più generale *rational relationship test* ed adeguato alle specifiche circostanze del caso: «the absence of an actual causal link between test differences in CxT (...) values and varietal differences [is] an illustration or a strong indication of the absence of a rational relationship between the SPS measure and the scientific evidence»¹³³.

In effetti, il carattere apparentemente derogatorio del criterio formulato dal *panel* nel caso *Japan – Varietals* si spiega considerando quanto semplice sarebbe stato portare a termine un esperimento metodologicamente ineccepibile che confermasse (o smentisse) l'esistenza di una relazione fra le caratteristiche organolettiche proprie di ciascuna varietà vegetale, da una parte, e l'efficacia del trattamento di quarantena, dall'altra.

Il controllo delle variabili estranee alla relazione da dimostrare non era altrettanto agevole nel caso *ECs – Hormones*, dove il rischio da valutare era infinitamente più complesso e numerose erano le supposizioni da accettare, soprattutto a causa dell'impossibilità di compiere esperimenti diretti. Ebbene,

¹²⁹ Cfr. *Japan – Varietals*, Report of the Panel, WT/DS76/R (27 ottobre 1998), par. 8.40-8.42.

¹³⁰ *Ivi*, par. 8.42.

¹³¹ *Japan – Varietals*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 126, par. 9.

¹³² *Ivi*, par. 62.

¹³³ *Ivi*, par. 83.

in questo caso, né il *panel* né l'Organo d'appello (e nemmeno le parti attrici) hanno osato sostenere che l'estrapolazione di asserzioni sugli effetti che un'esposizione ad ormoni della crescita può avere sull'uomo, effettuata a partire dall'osservazione sperimentale degli effetti che le stesse sostanze producono sulle cavie, non fosse abbastanza razionale perché non fondata su un rigoroso controllo delle variabili estranee. Eppure, nel caso della "carne agli ormoni", le variabili estranee incontrollate (ed incontrollabili) erano ben più numerose di quelle coinvolte in un esperimento relativo ai coefficienti di assorbimento tipici di diverse varietà dello stesso frutto.

Ricondurre le affermazioni del *panel* a proposito del «nesso causale effettivo» nell'alveo del criterio di ragionevolezza generalmente applicabile, come ha fatto l'Organo d'appello, non è un'operazione surrettizia. Tratto essenziale di un criterio fondato sul concetto di ragionevolezza è infatti la duttilità, ossia la capacità di assumere contenuti diversi a seconda delle caratteristiche del caso concreto¹³⁴. Non convince, perciò, la tesi secondo cui il criterio del nesso razionale comporta l'applicazione di un parametro di giudizio che, in qualsiasi circostanza, legittima asserzioni non troppo rigorose, purché non del tutto implausibili. A ben vedere, l'affermazione secondo cui un rischio è plausibile può scaturire sia da una scienza rigorosa ma di per sé impotente o vincolata al rispetto di principi etici, come nel caso *ECs – Hormones*, sia da sperimentazioni approssimative, come nel caso *Japan – Varietals*. Nella seconda ipotesi, il principio di precauzione non può essere invocato per diluire il parametro di valutazione applicabile ai sensi degli artt. 2.2 e 5.1 SPS. Si deve inoltre osservare che la portata complessiva del principio di precauzione si estende oltre l'ambito d'applicazione di tali disposizioni, poiché include anche la facoltà di adottare misure restrittive a titolo provvisorio¹³⁵, come si vedrà meglio in seguito¹³⁶.

9. Principio di precauzione e regole decisionali in caso di situazioni di incertezza scientifica. a. La regola della minoranza qualificata

Quando si tratta di stabilire se una misura restrittiva sia o meno fondata su «prove scientifiche sufficienti» ai sensi degli artt. 2.2 SPS e XX GATT, il

¹³⁴ Cfr. *ivi*, par. 84: «Whether there is a rational relationship between an SPS measure and the scientific evidence is to be determined on a case-by-case basis and will depend upon the particular circumstances of the case, including the characteristics of the measure at issue and the quality and quantity of the scientific evidence».

¹³⁵ A questo proposito è opportuno ricordare quanto osservato dall'Organo d'appello nel caso *Japan – Varietals*: «Article 5.7 [SPS] operates as a qualified exemption from the obligation under Article 2.2 [SPS] not to maintain SPS measures without sufficient scientific evidence. An overly broad and flexible interpretation of that obligation would render Article 5.7 meaningless» (Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 126, par. 80).

¹³⁶ Il tema sarà ampiamente discusso *infra*, par. 11.

principio di precauzione si manifesta sotto forma di regole decisionali per disporre di situazioni di incertezza scientifica. Tali situazioni possono essere determinate, in primo luogo, dal contrapporsi di due o più ipotesi esplicative di uno medesimo fenomeno. Ipotesi scientifiche concorrenti – che collimano con i dati dell'esperienza ma offrono, di questi, interpretazioni diverse – possono valutare in modo opposto una predizione relativa ad eventi futuri. Sul piano politico, una simile contraddizione, se le circostanze lo impongono, è autoritativamente risolta in base a considerazioni di natura extra-scientifica: può decidere, ad esempio, un freddo calcolo sui costi netti della prudenza, oppure l'aura di prestigio che avvolge alcuni esponenti delle comunità scientifica¹³⁷.

Nel caso *ECs – Hormones*, l'Organo d'appello ha derivato, da un'interpretazione sistematica dell'Accordo SPS imperniata sul principio di autodeterminazione del livello di tutela, la regola secondo cui l'opinione scientifica espressa da una minoranza di esperti è sufficiente per giustificare un ostacolo agli scambi: «responsible governments may act in good faith on the basis of what, at a given time, may be a divergent opinion coming from qualified and respected sources»¹³⁸. Il principio, che per brevità può essere indicato come

¹³⁷ Sull'argomento, molto citato è il saggio di A. WEINBERG, *Science and Trans-Science*, in *Minerva*, 1972, p. 209. L'A. ha coniato il termine *trans-science* per indicare le questioni problematiche che, pur ponendosi nel quadro della valutazione scientifica del rischio, non possono essere risolte attraverso gli strumenti della scienza: «Attempts to deal with social problems through the procedures of science hang on the answers to questions that can be asked of science and yet which cannot be answered by science. (...) Scientists have no monopoly on wisdom where this kind of trans-science is involved; they shall have to accommodate the will of the public and its representatives» (p. 222). V., inoltre, le ampie considerazioni relative al diritto statunitense in S. JASANOFF, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995 (trad. it. a cura di M. TALLACCHINI, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, Giuffrè, 2001).

¹³⁸ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 194. La prassi non offre ancora spunti circa l'esatto significato della nozione di «qualified and respected sources». Considerare «rispettabili» solo gli studi scientifici che abbiano superato il vaglio della *peer review*, procedura che di regola precede la pubblicazione dei risultati di una ricerca su riviste specializzate, può risultare, in alcuni casi, indebitamente restrittiva. Normalmente, infatti, la procedura di *peer review* non tollera conclusioni avventate e potrebbe prolungarsi fino al punto di privare il membro convenuto di argomenti cruciali eventualmente ricavabili da uno studio già completato (in senso analogo D. WIRT, *The Role of Science in the Uruguay Round and NAFTA Trade Disputes*, in *Cornell International Law Journal*, 1994, p. 817, a pp. 855-856). Il problema si può forse risolvere riproducendo la garanzia procedurale "esterna" della *peer review* all'interno del processo. Così, anche un contributo scientifico che, scaduto il termine per sottoporre ulteriori prove, non abbia ancora ricevuto la consacrazione dei "pari", potrà essere ugualmente apprezzato dal *panel*, soprattutto alla luce delle deposizioni dei periti indipendenti da esso nominati. Sebbene nel quadro di un procedimento giudiziario, potranno dunque essere i periti a svolgere la funzione di "pari" nell'attestazione del rigore metodologico del contributo scientifico addotto a prova della liceità della misura controversa.

Nel sollecitare l'opinione dei periti, il *panel* ha finora optato per il modello della consultazione individuale, preferendolo all'opzione di costituire un *expert review group*, ai sensi dell'art. 13.2 DSU, o un *advisory technical experts group*, ai sensi dell'art. 11.2 SPS. L'opzione è stata così motivata: «we considered it more useful to leave open the possibility of receiving a range of opinions from individual experts (...) rather to establish an expert review group which would have been required to reach a consensus view» (*ECs – Hormones*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 63, par. 8.7). La scelta di non convocare un *experts group* è stata contestata dalla Comunità, secondo la

"regola della minoranza qualificata", è stato ribadito nel caso *ECs – Asbestos*, quindi nel quadro di una controversia concernente l'art. XX(b) GATT¹³⁹.

Peraltro, l'Organo d'appello ha ritenuto necessario precisare che la scelta di addurre un'opinione scientifica minoritaria a sostegno di una misura restrittiva «by itself, (...) does not necessarily signal the absence of a reasonable relationship between (...) the measure and the risk assessment, especially where the risk involved is life-threatening in character and is perceived to constitute a clear and imminent threat to public health and safety»¹⁴⁰. L'affermazione potrebbe essere interpretata nel senso che la regola della minoranza qualificata, quale espressione del principio di precauzione, può essere utilmente invocata solo nel caso in cui il rischio paventato sia grave ed imminente¹⁴¹. In realtà, l'Organo d'appello, poiché afferma che la regola in questione si applica *in special modo* ove ricorrano tali circostanze, sottintende che la stessa rileva anche se il danno temuto non può dirsi né imminente né grave. Resta dunque non scalfito il principio di autodeterminazione del livello di tutela.

Quanto al significato della precisazione, per coglierlo può essere utile soffermarsi sul singolare riferimento che l'Organo d'appello fa alla presunta buona fede del membro che decide di agire in base ad un'opinione scientifica minoritaria («may act in good faith on the basis of (...) a divergent opinion»), riferimento che non compare quando ad essere menzionata è la situazione del membro che si attiene all'ortodossia scientifica. Nelle parole dell'Organo d'appello, insomma, sembra implicita una certa diffidenza nei confronti di chi opta per l'opinione minoritaria, come se tale scelta potesse, più di un'altra,

quale il *panel* con essa avrebbe inteso «put itself in the position to choose freely between different scientific opinions» (*ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 37). La critica è stata ulteriormente sviluppata da T. CHRISTOFOROU, *WTO Panels in the Face of Scientific Uncertainty*, in F. WEISS (a cura di), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, London, Cameron May, 2000, p. 243. Secondo l'A., i *panel* chiamati a risolvere controversie ad alto tenore tecnico-scientifico, sarebbero *obbligati* ad istituire un *experts group*. Tuttavia, ai sensi degli artt. 13.2 DSU e 11.2 SPS, la scelta di sollecitare deposizioni peritali individuali appare pienamente legittima (cfr. *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, par. 147). Quanto agli effetti perversi ad essa imputabili, sembra possibile scongiurarli mediante un'applicazione rigorosa della regola della minoranza qualificata, anche in sede d'appello (sul ruolo dell'Organo d'appello, v. oltre, in questo paragrafo). Per un'approfondita discussione sul ruolo degli esperti nel contenzioso dell'OMC, si rinvia a J. PAUWELYN, *The Use of Experts in WTO Dispute Settlement*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2002, p. 325.

¹³⁹ *ECs – Asbestos*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 13, par. 178: «[a] Member is not obliged, in setting a health policy, automatically to follow what, at any given time, may constitute a majority scientific opinion».

¹⁴⁰ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 194 (corsivo aggiunto).

¹⁴¹ Così, ad esempio, M. MONTINI, *Il principio di necessità ambientale*, *cit. supra*, nota 18, p. 160. *Contra* J. M. WAGNER, *The WTO's Interpretation of the SPS Agreement Has Undermined the Right of Governments to Establish Appropriate Levels of Protection against Risk*, in *Law and Policy in International Business*, 2000, p. 855, a p. 857.

celare intenti protezionistici; e i sospetti sembrano infoltirsi nel caso in cui tale scelta sia funzionale alla prevenzione di rischi all'apparenza né imminenti né gravi. Ma poiché l'Organo d'appello non sembra incline a contestare il livello di protezione liberamente scelto dal membro convenuto, quella diffidenza può tradursi soltanto in uno scrutinio più attento degli elementi scientifici posti alla base della misura restrittiva. Eppure, siccome non ha senso tentare di inferire il valore di un'ipotesi scientifica dal numero dei suoi sostenitori, nemmeno è plausibile qualificare diversamente la posizione del membro convenuto a seconda che esso si avvalga di un'opinione scientifica maggioritaria ovvero minoritaria, come invece fa l'Organo d'appello, ancorché in modo velato.

Poiché la regola della minoranza qualificata limita la discrezionalità dei *panel* nell'apprezzamento della prove scientifiche, è possibile sostenere che l'art. 11 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie (DSU: *Dispute Settlement Understanding*), disposizione che obbliga i *panel* ad effettuare una valutazione obiettiva dei fatti in causa, debba essere letto alla luce di tale regola. Si noti che la violazione dell'art. 11 DSU da parte del *panel* figurava tra i motivi d'appello sollevati dalla Comunità nel caso *ECs – Hormones*¹⁴². Ai sensi dell'art. 17.13 DSU, com'è noto, l'Organo d'appello ha il potere di confermare, modificare o annullare le conclusioni dei *panel*; d'altra parte, l'art. 17.6 DSU limita il giudizio d'appello «to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel»¹⁴³. L'Organo d'appello ha considerato ricevibile il motivo anzidetto, essendo il rispetto del principio di obiettività una «legal question which, if properly raised on appeal, would fall within the scope of appellate review»¹⁴⁴. Tendendo conto della ripartizione di competenze prevista dall'art. 17.6 DSU, secondo cui l'esame dei fatti è prerogativa dei giudici di prima istanza, l'Organo d'appello ha quindi enucleato un duplice criterio per stabilire se un *panel* si sia o meno attenuto a ciò che l'art. 11 DSU prescrive: in primo luogo, «only egregious errors constitute a failure to make an objective assessment of the facts as required by Article 11 of the DSU»¹⁴⁵; inoltre, l'errore deve essere provocato da un «deliberate disregard of, or refusal to consider, the evidence» o da una «wilful distortion or misrepresentation of the evidence», tale, quindi, da met-

¹⁴² *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 17.

¹⁴³ Sulla natura del procedimento d'appello nel sistema per la soluzione delle controversie dell'OMC v., in particolare, H. RUIZ FABRI, *L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C.: trois ans après, quinze rapports plus tard*, in *Revue générale de droit international public*, 1997, p. 49; A. LIGUSTRO, *La soluzione delle controversie nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio: problemi interpretativi e prassi applicativa*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 1003, in particolare p. 1031 ss.; M. VELLANO, *L'Organo d'appello dell'OMC*, Napoli, Jovene, 2001.

¹⁴⁴ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 132.

¹⁴⁵ *Ivi*, par. 133; nello stesso senso *Japan – Varietals*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 126, par. 98 (corsivo aggiunto).

tere in dubbio «the good faith of a panel»¹⁴⁶. Sotto questo profilo, quindi, i giudici d'appello sembrano intenzionati ad esercitare un controllo del tutto marginale, la cui scarsa incisività è bene illustrata dal giudizio emesso nel caso *ECs – Hormones*.

In quel caso, nel valutare se un ormone artificiale, il melengesterolo acetato (MGA), facesse parte della famiglia delle progestine – questione cruciale, poiché la Comunità aveva prodotto una valutazione del rischio associato alle progestine in generale – il *panel* non ha dato alcun peso alle opinioni espresse da due periti indipendenti, secondo i quali l'ormone MGA è «extraordinarily potent progestant (...) about 30 times more potent than progesterone and orally active» e costituiva, dunque, un «real risk»¹⁴⁷. Il *panel*, inoltre, ha travisato il senso di una deposizione peritale – secondo cui al consumo di "carne agli ormoni" si poteva addebitare, al massimo, un caso di cancro su un milione di persone per anno – giudicando che la stima non equivaleva ad uno «scientifically identified risk»¹⁴⁸. L'Organo d'appello, dopo aver rilevato questi ed altri errori nel giudizio del *panel*, ha rigettato il motivo fondato sulla asserita violazione dell'art. 11 DSU, ritenendo che «it is generally within the discretion of the Panel to decide which evidence it chooses to utilize in making findings»¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 133 (corsivo aggiunto).

¹⁴⁷ *Ivi*, par. 135.

¹⁴⁸ *Ivi*, par. 138. A proposito della stima dei rischi imputabili al consumo di "carne agli ormoni", l'Organo d'appello riconosce che il *panel* ha commesso un errore nell'interpretarne il significato, ma osserva altresì, in modo dirimente, che il perito in questione non pretendeva che la sua stima fosse il risultato di *osservazioni empiriche* svolte da lui stesso o sotto la sua supervisione, o di cui, comunque, fosse al corrente. Per questo motivo («*accordingly*»), l'Organo d'appello ha stabilito che tale stima non fosse sufficiente a revocare in dubbio le diverse conclusioni raggiunte da altri studiosi (*ivi*, par. 198). Ciò sembra coerente con il criterio di demarcazione che esclude la rilevanza probatoria di asserzioni non fondate sull'esperienza (v. *supra*, par. 7). Parte della dottrina ha però osservato che la motivazione dell'Organo d'appello potrebbe altresì «pericolosamente» implicare che, qualora l'opinione di un singolo esperto fosse corroborata da osservazioni empiriche, sarebbe sufficiente per giustificare l'adozione di una misura restrittiva: «this leads to the inference that a single minority opinion may be sufficient to support a health measure in spite of a tremendous body of mainstream scientific opinion to the contrary». Un simile rilievo critico, fondato su una concezione assembleare o persino plebiscitaria del dibattito scientifico, non acquisita incisività se accompagnato da una stigmatizzazione delle «theories of the one rouge (*sic*) scientist» (così R. NEUGEBAUER, *Fine-tuning WTO Jurisprudence and the SPS Agreement: Lessons from the Beef Hormone Case*, in *Law and Policy in International Business*, 2000, p. 1255, pp. 1268 e 1277). Diffida delle opinioni scientifiche dissidenti, non importa quanto solide, anche K. A. AMBROSE, *Science and the WTO*, in *Law and Policy in International Business*, 2000, p. 861, a p. 864. Un'analoga diffidenza ispira anche M. G. BLOCHE, *WTO Deference to National Health Policy: Toward an Interpretive Principle*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2002, p. 825, a p. 832, secondo il quale l'Organo d'appello, accettando opinioni scientifiche di minoranza come fondamento sufficiente di una misura restrittiva, dà prova di *considerevole deferenza* nei confronti dei singoli membri e rischia di incoraggiare abusi protezionistici. Così anche T. COTTIER, *Risk Management Experience in WTO Dispute Settlement*, in D. ROBERTSON - A. KELLOW (a cura di), *Globalization and the Environment: Risk Assessment and the WTO*, Cheltenham, Elgar, 2001, p. 41, a p. 52.

¹⁴⁹ *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 135 (corsivo aggiunto).

A questo punto, tuttavia, l'atteggiamento deferente dell'Organo d'appello sembra sfociare in un'erronea distinzione fra questioni di fatto e questioni di diritto. Secondo la regola della minoranza qualificata, norma giuridica enunciata dallo stesso collegio come conseguenza di una "lettura precauzionale" dell'Accordo SPS, se il *panel* è posto dinanzi ad ipotesi scientifiche contrastanti, mentre i dati disponibili non consentono di stabilire quale, fra tali ipotesi, sia stata inequivocabilmente confutata o confermata dall'esperienza, è tenuto a statuire nel senso che la misura controversa è supportata da prove scientifiche sufficienti, anche qualora l'ipotesi eletta a suo fondamento risulti minoritaria. In situazioni simili, il *panel* non può deliberare sull'ipotesi scientifica "migliore", per il semplice motivo che i suoi componenti, non possedendo le competenze necessarie per distinguerla dalle altre, agirebbero in base ad un impulso irrazionale. Pertanto, il *panel* non può liberamente scegliere, come pretende l'Organo d'appello, «which evidence (...) to utilize in making findings».

Più in generale, la regola minoranza qualificata appare difficilmente conciliabile con un criterio che esige la dimostrazione di un errore manifesto e deliberato compiuto del *panel* nell'apprezzamento delle prove scientifiche¹⁵⁰. L'applicazione di tale criterio può infatti tradursi in un'ingiustificabile rinuncia a sanzionare la violazione di una regola concepita per garantire l'integrità del principio di autodeterminazione del livello di tutela, norma fondamentale del sistema. Un controllo più incisivo sull'operato dei *panel* costituirebbe invece una coerente estensione della funzione di garanzia tipica della regola della minoranza qualificata.

¹⁵⁰ La decisione dell'Organo d'appello nel caso *ECs – Hormones* è stata aspramente criticata da M. LUGARD, *Scope of Appellate Review: Objective Assessment of the Facts and Issues of Law*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 1998, p. 323 (l'A. osserva che i principi enunciati dall'Organo d'appello di fatto invitano i *panel* ad effettuare un esame superficiale delle prove); v. anche M. BRONCKERS - N. MCNELIS, *Fact and Law in Pleadings before the WTO Appellate Body*, in F. WEISS, *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, cit. supra, nota 138, p. 321 (che contestano in particolare la natura soggettivistica del criterio formulato dall'Organo d'appello). È quindi apprezzabile che, a partire dal caso *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the EC*, l'Organo d'appello abbia adottato un parametro di valutazione meno permissivo: da un lato, è scomparso ogni riferimento all'intento del *panel*, dall'altro, il criterio dell'errore manifesto è sostituito da formule più neutre: «in assessing the panel's appreciation of the evidence, we cannot base a finding of inconsistency under Article 11 simply on the conclusion that we might have reached a different factual finding from the one the panel reached. Rather, we must be satisfied that the panel has exceeded the bounds of its discretion, as the trier of facts, in its appreciation of the evidence» (Report of the Appellate Body, WT/DS166/AB/R (22 dicembre 2000), par. 151). Il nuovo parametro di valutazione trova significative conferme nel caso *ECs – Asbestos* (Report of the Appellate Body, cit. supra, nota 13, par. 159) e, di recente, nel caso *Japan – Apples*, dove implicitamente si circoscrive la validità del "precedente" *ECs – Hormones* sopprimendo il riferimento all'errore manifesto: «not every error in the appreciation of the evidence (although it may give rise to a question of law) may be characterized as a failure to make an objective assessment of the facts» (Report of the Appellate Body, cit. supra, nota 96, par. 222, che rimanda ad *ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, cit. supra, nota 10, par. 133).

10. Segue: *b*. La regola della estrapolazione conservativa

Una situazione d'incertezza scientifica può emergere non solo dal contrapporsi di teorie rivali ma anche dalla parziale carenza di dati sperimentali affidabili. In quest'ipotesi, il principio di precauzione dovrebbe consentire l'adozione di misure fondate su estrapolazioni dei dati disponibili improntate alla cautela (c.d. *estrapolazioni conservative*). La regola è applicata nel caso *ECs – Asbestos*, dove le parti dissentivano sul se un'esposizione debole e sporadica all'amianto comportasse un effettivo rischio per la salute. Era infatti possibile sostenere che la commercializzazione di amianto racchiuso in matrici di cemento ad alta densità comportasse fenomeni di esposizione rari e di lieve entità (ad esempio, nel caso di un *bricoleur* che, senza particolari precauzioni, perforasse la parete della sua abitazione).

Il Canada affermava che i dati empirici disponibili suggerissero l'esistenza di una soglia al di sotto della quale l'esposizione all'amianto non nuoce alla salute in modo percettibile. La Comunità sosteneva al contrario che, data l'assenza di dati affidabili sulle conseguenze dovute ad esposizioni lievi (tali conseguenze avrebbero infatti potuto manifestarsi solo a lungo termine, sfuggendo così alle rilevazioni sperimentali), sarebbe stato lecito impostare la gestione del rischio sulla base di un modello lineare dose-effetti¹⁵¹. Nel modello lineare, solo un'esposizione nulla alla sostanza considerata può dirsi associata all'assenza di effetti negativi sulla salute; nella rappresentazione considerata valida dal Canada, invece, la sostanza considerata è nociva per la salute solo in caso di esposizioni superiori ad una determinata soglia. Orbene, al di sotto del più basso fra i livelli di esposizione all'amianto per i quali erano stati sperimentalmente rilevati effetti dannosi per la salute, il modello lineare non era maggiormente suffragato dall'esperienza rispetto al rivale. Il *panel* ha comunque stabilito che, posto di fronte a simile incertezza, «a decision-maker responsible for public health policy might reasonably conclude that there was (...) a real risk», associato persino a dosi infinitesimali della sostanza notoriamente cancerogena¹⁵².

Nella misura in cui autorizza estrapolazioni conservative effettuate a partire da dati di *riconosciuta affidabilità*, la decisione del *panel* è una manifestazione del principio di precauzione. Solidamente fondata sotto il profilo epistemologico, la scelta di un modello lineare dose-effetti è, in ultima analisi, dettata da considerazioni di carattere extra-scientifico, ossia da un atteggiamento ispirato alla cautela¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. Report of the Panel, *cit. supra*, nota 10, par. 5.300

¹⁵² *Ivi*, par. 8.202.

¹⁵³ Come ha osservato un perito dal *panel*, «the linear relationship model is generally used as a so-called "conservative" estimate, that is, if it is incorrect, it is more likely to err on the side of

Si può infine osservare che, in caso di parziale carenza di dati sperimentali affidabili (nel senso qui indicato), la regola dell'extrapolazione conservativa è di immediata applicazione. Se, invece, la comunità scientifica risulta divisa sul punto di sapere se le rilevazioni empiriche degli effetti imputabili a basse dosi di una determinata sostanza siano abbastanza affidabili per convalidare un modello provvisto di soglia, la regola dell'extrapolazione conservativa e quella della minoranza qualificata si applicano in successione: quest'ultima legittima la preferenza, eventualmente espressa dal Membro convenuto, per la tesi dell'inaffidabilità, e crea così spazio per l'applicazione della prima regola.

11. Principio di precauzione e misure restrittive adottate a titolo provvisorio

In situazioni di incertezza scientifica come quelle in precedenza descritte, i *panel* e l'Organo d'appello, come s'è visto, sono in grado di concludere, fondandosi esplicitamente o implicitamente sul principio di precauzione, che una misura restrittiva è supportata da «prove scientifiche sufficienti» ai sensi degli artt. 2.2 SPS e XX GATT. Ma il principio di precauzione rileva in una sfera ancor più ampia di situazioni, *almeno* nell'ambito d'applicazione dell'Accordo SPS. Ai sensi dell'art. 5.7 SPS, infatti, i Membri possono adottare misure restrittive a titolo provvisorio, «where relevant scientific evidence is insufficient». Ma ciò può considerarsi implicitamente consentito anche dal GATT e dall'Accordo TBT¹⁵⁴.

safety. In some ways, how one extrapolates risk assessment *outside the range of available data* is more a societal decision than a scientific one» (*ivi*, par. 5.317, corsivo aggiunto).

¹⁵⁴ Nel GATT e nell'Accordo TBT non figurano disposizioni analoghe all'art. 5.7 SPS. Poiché, come si è visto in precedenza, il requisito secondo cui una misura restrittiva deve fondarsi su «sufficient scientific evidence» è stato importato dall'art. 2.2 SPS all'art. XX(b) GATT (v. *supra*, nota 106 e relativo testo), si potrebbe arguire che, quanto alla possibilità di adottare misure precauzionali, il GATT contiene una disciplina nel complesso più restrittiva di quella dell'Accordo SPS. Allo stato attuale, la prassi non consente di verificare quest'ipotesi (tanto meno in relazione all'Accordo TBT, sul quale la prassi è del tutto assente sotto il profilo che qui interessa). Essa può tuttavia essere esclusa. Poiché né il GATT né l'Accordo TBT prevedono esplicitamente che una misura restrittiva debba essere supportata da «sufficient scientific evidence», nulla vieta che il requisito del fondamento scientifico, nell'ambito di tali accordi, sia interpretato in modo abbastanza flessibile per consentire l'adozione di misure provvisorie «where relevant scientific evidence is insufficient», a condizioni simili a quelle previste dall'art. 5.7 SPS. Ciò, del resto, permetterebbe di evitare un risultato pressoché assurdo sotto il profilo della coerenza del sistema: misure restrittive che mirano alla prevenzione di rischi analoghi (ad esempio, la diffusione di una grave patologia umana) sarebbero considerate lecite o illecite a seconda dell'accordo ad esse applicabile (l'Accordo TBT, com'è noto, non rileva se la misura in questione rientra nella sfera d'applicazione dell'Accordo SPS) o persino lecite ai sensi di un accordo e, allo stesso tempo, illecite ai sensi di un altro (quindi, in definitiva, illecite), poiché l'Accordo SPS e l'art. XX GATT possono applicarsi cumulativamente. Circa le misure rientranti nell'ambito di applicazione dell'Accordo SPS e dell'art. XX GATT la seguente considerazione, almeno, appare dirimente: se fosse impossibile giustificare una misura

Stando alle decisioni finora adottate dai *panel* e dall'Organo d'appello, sono quattro i requisiti da soddisfare affinché una misura possa dirsi giustificata in base all'art. 5.7 SPS.

In primo luogo, la misura provvisoria deve essere adottata «on the basis of available pertinent information». Operando come eccezione al divieto di mantenere in vigore misure non fondate su «sufficient scientific evidence», l'art. 5.7 SPS implica la possibilità di avvalersi di argomentazioni scientifiche *meno cogenti* di quelle altrimenti richieste dall'art. 2.2 SPS¹⁵⁵. La soglia critica giace dunque nello spettro fra ciò che può ritenersi «sufficient scientific evidence» e la più debole fra le asserzioni che rispettino il criterio di demarcazione delineato in precedenza¹⁵⁶. A tal proposito, è ragionevole ritenere che semplici osservazioni empiriche che si traducano nella percezione di un rischio, *senza essere sorrette da una qualsiasi forma di controllo sulle variabili sperimentali*, siano sufficienti per superare la soglia implicita nel primo requisito. In altre parole, l'art. 5.7 SPS attenua il rigore del criterio del fondamento scientifico in ragione dell'urgenza e solo temporaneamente, senza tuttavia spingere la soglia al di là della linea di demarcazione che circonda l'ambito d'applicazione del principio di precauzione. Si potrebbe sostenere, ad esempio, che l'evidenza scientifica allegata dal Giappone nel caso *Japan – Varietals* sarebbe stata sufficiente per giustificare una misura provvisoria¹⁵⁷, se la condotta di quello Stato fosse stata compatibile con gli ulteriori requisiti previsti dall'art. 5.7 SPS.

Quanto al secondo requisito, esso richiede ai Membri di impegnarsi nella ricerca di informazioni addizionali, e ciò affinché possano compiere una valutazione del rischio conforme ai canoni previsti dall'art. 5.1 SPS. Un terzo requisito, complementare al precedente, obbliga i Membri a riesaminare il provvedimento provvisorio alla luce di tali informazioni ed entro un termine ragionevole¹⁵⁸. Nel caso *Japan – Varietals*, il *panel* ha precisato che: «what

provvisoria invocando l'art. XX GATT, l'art. 5.7 SPS non avrebbe alcun effetto utile. Pertanto, una "incorporazione" (più o meno integrale) dell'art. 5.7 SPS nell'art. XX GATT appare inevitabile.

¹⁵⁵ Inversamente: «the use of the term "evidence" [in Article 2.2 SPS] must (...) be given full significance. Negotiators could have used the term "information", as in Article 5.7, if they considered that any material could be used. By using the term "scientific evidence", Article 2.2 excludes in essence not only insufficiently substantiated information, but also such thing as a non-demonstrated hypothesis» (*Japan – Apples*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 96, par. 8.93).

¹⁵⁶ Pare che il criterio di demarcazione (cfr. *supra*, par. 7) debba rilevare anche in situazioni rientranti nella sfera d'applicazione dell'art. 5.7 SPS. Altrimenti, una misura adottata sulla base di tale disposizione non potrebbe essere vagliata alla luce del requisito che vuole che tali provvedimenti si fondino su «available pertinent information» (cfr. *Japan – Varietals*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 129, par. 8.54; Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 126, par. 89). *Contra* J. SCOTT, *European Regulation of GMOs and the WTO*, in *Columbia Journal of European Law*, 2003, p. 213, a p. 229.

¹⁵⁷ Cfr. *supra*, par. 8.

¹⁵⁸ Nel caso *Australia – Salmon*, il *panel*, in un *obiter dictum*, ha osservato che l'art. 5.7 SPS sarebbe stato inapplicabile alla misura controversa, poiché questa, approvata oltre vent'anni prima,

constitutes a "reasonable period of time" has to be established on a case-by-case basis and depends on the specific circumstances of each case, including the difficulty of obtaining the additional information necessary for the review and the characteristics of the provisional SPS measure»¹⁵⁹. Nel caso di specie, il *panel* ha giudicato non soddisfatto il criterio in parola, perché assai banali erano gli esperimenti che avrebbero consentito al Giappone di dissipare qualsiasi incertezza circa il fondamento scientifico della misura controversa¹⁶⁰.

Il quarto ed ultimo requisito, secondo il quale una misura può essere giustificata a titolo provvisorio solo «where relevant scientific evidence is insufficient», dovrebbe delimitare la sfera d'applicazione dell'art. 5.7 SPS in relazione a quella dell'art. 2.2 SPS, indicando in quali situazioni una misura può essere qualificata come «provvisoria» ai sensi dell'Accordo SPS. Esso è quindi logicamente prioritario rispetto ai tre requisiti illustrati in precedenza, ma è anche l'unico che solleva difficoltà interpretative di rilievo ai fini della presente indagine.

A dispetto di quanto stabilito dal *panel* nel caso *Japan – Varietals*, si può innanzitutto dubitare che l'inciso «where relevant scientific evidence is insufficient» definisca un requisito *autonomo*¹⁶¹. Se infatti si ammette, in via ipotetica, che vi siano «informazioni pertinenti» che, per quanto imperfette, alludono all'esistenza del rischio che la misura controversa intende prevenire, sarebbe inconcepibile che vi siano, contemporaneamente, «prove scientifiche sufficienti» ad attestare l'infondatezza della medesima misura: le due situazioni si escludono a vicenda. Ne consegue che, se il primo dei requisiti sopra illustrati è soddisfatto (*pertinent information*), deve necessariamente esserlo anche il quarto (*relevant scientific evidence is insufficient*); a meno che, certo, la misura controversa non sia già risultata conforme al più severo criterio di cui all'art. 2.2 SPS. In altre parole, è la presenza di informazioni che consigliano prudenza a rendere insufficiente l'evidenza scientifica che depone in senso opposto. Nonostante ciò, l'autonomia del quarto requisito è stata ribadita dal *panel* incaricato del caso *Japan – Apples*, seguendo peraltro un'interpretazione che suscita qualche perplessità.

non poteva considerarsi adottata a titolo provvisorio (Report of the Panel, *cit. supra*, nota 119, par. 8.57: «can (...) hardly be seen as a measure "provisionally" adopted»). Tale interpretazione precluderebbe la possibilità di avvalersi dell'art. 5.7 SPS per giustificare misure con una certa "tradizione". Ma è evidente l'equivoco che la sottende: il *panel* inferisce da un dato obiettivo, ossia la durata in vigore della misura controversa, l'intenzione del legislatore "di allora" e, su questa base, utilizza un parametro temporale per qualificare la stessa misura come provvisoria o permanente. L'idea è discutibile, dato che l'Accordo SPS impone di considerare se la misura controversa sia *mantenuta* in vigore a titolo provvisorio, mentre è del tutto irrilevante sapere se la medesima misura sia stata originariamente adottata con questa intenzione.

¹⁵⁹ *Japan – Varietals*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 129, par. 8.58.

¹⁶⁰ *Ivi*, par. 8.56.

¹⁶¹ *Ivi*, par. 8.54.

Secondo il *panel*, l'art. 5.7 SPS «was obviously designed to be invoked in situations where little, or no, reliable evidence was available on the subject matter at issue», mentre il caso ad esso sottoposto, «where scientific studies as well as practical experience have accumulated for the past 200 years», non era affatto «the type of situation Article 5.7 was intended to address»¹⁶². Sembra dunque che il *panel* abbia ritenuto sufficiente, al fine di dichiarare la situazione estranea all'ambito d'applicazione dell'art. 5.7 SPS, che la questione controversa fosse già stata oggetto di numerosi studi scientifici, che non costituissero, in altre parole, una "novità" dal punto di vista della comunità scientifica.

Questa interpretazione sembra escludere un'intera classe di situazioni dalla sfera d'applicazione dell'art. 5.7, quelle, cioè, dove una o più osservazioni empiriche, per quanto sporadiche – «pertinent information» ai sensi dell'art. 5.7 SPS – mettono in *crisi* un'ipotesi scientifica storicamente consolidata. In tali situazioni non si perviene necessariamente, tanto meno immediatamente, ad una confutazione dell'ipotesi "tradizionale". Ulteriori e più accurati esperimenti potrebbero infatti dimostrare che il fenomeno osservato non intacca le predizioni originarie circa l'innocuità di una certa sostanza: apparentemente cagionato da quest'ultima, il fenomeno in questione potrebbe risultare, alla luce di un'indagine più approfondita, riconducibile ad altre cause. In altri casi, tuttavia, l'ipotesi un tempo ritenuta affidabile potrebbe, dopo opportuni accertamenti, crollare a fronte di un'ipotesi alternativa che sola permette di spiegare in modo soddisfacente i nuovi dati. Infine, si avrebbe un esito ancora diverso qualora, alla luce di ulteriori esperimenti, non fosse possibile decidere quale, fra due (o più) ipotesi concorrenti, possa ritenersi corroborata o, al contrario, confutata. Qualunque sia l'esito della crisi, per definizione incerto, e a prescindere dall'apparente solidità di una determinata ipotesi esplicativa, nel tempo e nell'opinione della comunità scientifica, durante una situazione di crisi come quella appena evocata, l'art. 5.7 SPS *dovrebbe* offrire temporaneo rifugio ad un membro che intenda premunirsi contro un rischio prima del tutto impreveduto, ma ormai ipotizzabile sulla base di fenomeni di spiegazione ancora incerta¹⁶³. Altrimenti, i Membri dell'organizzazione, nel

¹⁶² *Japan – Apples*, Report of the Panel, *cit. supra*, nota 96, par. 8.219.

¹⁶³ Vi sono casi in cui un'ipotesi scientifica consolidatasi nel tempo, attraverso una lunga esperienza, sia diretta che mediata dagli strumenti di laboratorio, all'improvviso, sotto il peso di un evento nuovo e impreveduto, comincia a mostrare segni di fragilità. Questi segni quasi mai sono di facile ed univoca interpretazione: ricorrendo ad una metafora, la crepa può preludere ad un crollo, oppure rimarginarsi senza danno grazie ad un piccolo intervento riparatore. Ad esempio: un tempo era nozione condivisa, oltre che ampiamente attestata dall'esperienza, che alcune sindromi neurovegetative che colpiscono il bestiame non sono trasmissibili all'uomo. Se, tuttavia, come accadde in Gran Bretagna nel decennio scorso, la frequenza del manifestarsi di un'analogia sindrome umana aumenta in modo sorprendente, presto o tardi gli epidemiologi si muovono alla ricerca di una spiegazione; e la trovano inizialmente (e provvisoriamente) nelle interviste rilasciate dai familiari delle vittime del morbo, dalle quali risulta che gli sfortunati erano forti consumatori di carne bovina. Si tratta di un'osservazione empirica certo molto imperfetta, ma sulla base della quale è possibile for-

formulare le rispettive politiche sanitarie e ambientali, sarebbero costretti ad attenersi ad un'ipotesi scientifica che si è rivelata incapace di prevedere, e non riesce ancora a spiegare, l'emergere di fenomeni "inquietanti"; il che sarebbe in contraddizione con il principio di autodeterminazione del livello di tutela, una norma fondamentale che non può essere elusa nel quadro di un'interpretazione sistematica dell'art. 5.7 SPS¹⁶⁴.

Si può persino sostenere che quella appena descritta sia l'unica funzione originale che l'art. 5.7 SPS può svolgere, dato che, come s'è visto in precedenza, persino l'art. 2.2 SPS è stato interpretato "precauzionalmente"¹⁶⁵. Il discrimine fra le due disposizioni può quindi individuarsi in base al tipo d'incertezza scientifica che fa da sfondo alla misura controversa: quando l'incer-

mulare un'ipotesi che contrasta con quella tradizionale: forse esiste una grave patologia trasmissibile dai bovini all'uomo mediante l'alimentazione. In questa fase dell'indagine, gli elementi a sostegno di tale ipotesi sono assai deboli. Un'ulteriore informazione può immediatamente relativizzarne la portata, confutando così l'ipotesi su di essi costruita: si viene infatti a sapere che una delle (poche) vittime era vegetariana. L'ipotesi tradizionale a questo punto riacquista vigore, finché, un giorno, si scopre che la malattia resta in incubazione molto a lungo, mentre la vittima vegetariana si era convertita al nuovo regime alimentare solo pochi anni prima del suo decesso ... e così via (cfr. *The BSE Inquiry: Report, Evidence and Supporting Papers of the Inquiry into the Emergence and Identification of Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE) and Variant Creutzfeldt-Jakob Disease (vCJD) and the Action Taken in Response to It Up to 20 March 1996*, vol. I (Findings and Conclusions), London (Stationery Office), 2000). Ricorrere all'art. 5.7 SPS significa dover accertare se la crepa che improvvisamente si disegna sulla facciata di un edificio (fuor di metafora: un'ipotesi scientifica accreditata) sia o meno il segno di un crollo imminente, ma solo dopo aver evacuato gli inquilini ...

¹⁶⁴ Nel caso *Japan – Apples*, l'Organo d'appello, pur confermando l'interpretazione dell'art. 5.7 SPS offerta dal *panel*, ha avvertito l'esigenza di precisare che le affermazioni di quest'ultimo devono essere lette ponendo l'accento non tanto sulla *quantità* degli elementi scientifici disponibili, bensì sulla loro qualità o affidabilità (*reliability*). Il passaggio pertinente merita di essere citato per esteso: «The Panel's statement that Article 5.7 SPS is intended to address "situations where little, or no, reliable evidence was available on the subject matter at issue", refers to the availability of *reliable* evidence. We do not read the Panel's interpretation as excluding cases where the available evidence is more than minimal in quantity, but has not led to reliable or conclusive results. Indeed, the Panel explicitly recognized that such cases fall within the scope of Article 5.7 when it observed (...) that under its approach, Article 5.7 would be applicable to a situation where a lot of scientific research has been carried out on a particular issue without yielding reliable evidence» (Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 96, par. 185). In questo modo, l'Organo d'appello risponde ad una specifica obiezione del Giappone, secondo cui l'interpretazione del *panel* avrebbe escluso, dall'ambito di applicazione dell'art. 5.7 SPS, le situazioni di «unresolved uncertainty», dove, cioè, a dispetto dell'accumularsi di dati osservativi, permane incertezza circa le cause di un fenomeno. Secondo il Giappone, tale interpretazione avrebbe contemplato solo situazioni di «new uncertainty», dove i dati relativi ad un determinato fenomeno mai studiato prima sono scarsi o assenti, e sarebbe perciò troppo rigida e restrittiva (cfr. *ivi*, par. 183). Il Giappone, tuttavia, non menziona un terzo tipo di incertezza che, esemplificata dall'episodio descritto nella nota precedente, potrebbe chiamarsi "sopravvenuta". Tenendo conto di questo terzo tipo di incertezza, la lettura del brano tratto dalla pronuncia dell'Organo d'appello spinge ad interrogarsi sull'esatto significato da attribuire al termine «affidabile» (*reliable*). Resta affidabile un'ipotesi consolidata (assieme all'imponente mole di osservazioni sui cui essa si fonda) che non sembra in grado di spiegare un evento prima sorprendente, poi inquietante (alla luce di sporadiche osservazioni certo non molto ... *reliable*), e infine (ma solo eventualmente!) riconducibile ad una spiegazione che in nessun modo intacca l'ipotesi iniziale? Oppure bisogna ritenere, supponendo questa volta un finale infausto, che la massa di *reliable evidence*, a fronte di poche, recentissime ed imperfette investigazioni, impedisca ad un membro dell'OMC di ricorrere all'art. 5.7 SPS per giustificare l'adozione di misure d'urgenza? L'Organo d'appello non ha ancora avuto occasione di rispondere a tali quesiti.

¹⁶⁵ V. *supra*, par. 4, 8 e 9.

tezza è determinata dalla presenza di ipotesi rivali epistemologicamente equivalenti, oppure dalla parziale carenza di dati sperimentali affidabili, è l'art. 2.2 SPS a rilevare; quando deriva da singole osservazioni empiriche che mettono momentaneamente in crisi un'ipotesi consolidata, ma non sono ancora sufficienti per costruire un'ipotesi alternativa abbastanza solida, ossia sperimentalmente confermata grazie ad un controllo *il più possibile rigoroso* delle variabili estranee rispetto alla relazione da dimostrare¹⁶⁶, si applica l'art. 5.7 SPS¹⁶⁷.

Ma a prescindere dalla possibilità di tracciare, sotto questo profilo, una precisa distinzione tra gli artt. 2.2 e 5.7 SPS¹⁶⁸, ciò che importa è che entrambi

¹⁶⁶ Conformemente al principio della relatività del fondamento scientifico (v. *supra*, par. 8).

¹⁶⁷ Sui diversi tipi di incertezza scientifica cfr. V. WALKER, *The Myth of Science as a "Neutral Arbiter" for Triggering Precautions*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 2003, p. 197, pp. 204-211.

¹⁶⁸ Di recente, avvalendosi di una lettura contestuale dell'art. 5.7 SPS, l'Organo d'appello ha affermato che gli elementi scientifici addotti a sostegno di una misura restrittiva devono ritenersi insufficienti ai sensi di quell'articolo se essi non permettono di eseguire la valutazione del rischio prescritta dall'art. 5.1 SPS: «the second sentence of Article 5.7 refers to a "more objective assessment of risks". These contextual elements militate in favour of a link or relationship between the first requirement under Article 5.7 and the obligation to perform a risk assessment under Article 5.1: "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» (*Japan – Apples*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 96, par. 179). Pur condivisibile, questa interpretazione, più che risolvere, riformula il problema della demarcazione tra gli artt. 2.2 e 5.1 SPS e l'art. 5.7 SPS: come si stabilisce, infatti, se i dati scientifici disponibili sono o meno sufficienti per procedere ad una valutazione del rischio ai sensi dell'art. 5.1 SPS? L'art. 5.7 SPS obbliga l'autore di una misura provvisoria ad intraprendere ulteriori ricerche in vista di una «valutazione del rischio maggiormente obiettiva (*more objective*)». Ma a parte che, forse, l'aggettivo più adatto in questo contesto sarebbe stato "accurata" (nel senso di ottenuta mediante un migliore isolamento delle variabili estranee alla relazione da dimostrare), dato che persino la più deprimente scarsità di dati si presta ad una valutazione obiettiva, la terminologia impiegata nell'art. 5.7 SPS – "*more objective*" e non, semplicemente, "*objective*" – allude ad un *passaggio per gradi*, non ad una netta linea di confine tra situazioni rientranti nell'ambito dell'una o dell'altra disposizione. In tal senso depone anche la relatività del fondamento scientifico richiesto *ex artt.* 2.2 e 5.1 SPS, vale a dire la caratterizzazione sfumata e casuistica che l'Organo d'appello ha offerto della nozione di «rational relationship» tra misura restrittiva ed evidenza scientifica (v. *supra*, par. 8). Ma se una precisa demarcazione non è possibile sul piano obiettivo, essa può considerarsi almeno *utile*? A prima vista, l'utilità della distinzione sembrerebbe discendere dal bisogno di distinguere le misure provvisorie dalle altre, poiché solo in relazione alle prime vale il regime più impegnativo previsto dall'art. 5.7 SPS, costituito dagli obblighi di effettuare ulteriori ricerche e, sulla loro base, di procedere alla revisione della misura in tempi ragionevoli. Tuttavia, poiché nessuna ipotesi scientifica può considerarsi inconfutabile, una misura che appaia inizialmente fondata su prove sufficienti ai sensi dell'art. 2.2 SPS, potrebbe risultare, in seguito ad un mutamento del quadro scientifico, «*maintained* without sufficient scientific evidence» ai sensi della medesima disposizione. E poiché quest'ultima esprime un obbligo *continuo*, continua è anche l'esigenza di procedere ad aggiornamenti e revisioni, a prescindere dalla natura permanente o provvisoria della misura in questione. Senza voler qui dirimere la questione, è lecito domandarsi se sia davvero utile, per i *panel* e per l'Organo d'appello, tentare una qualificazione obiettiva della misura controversa (se provvisoria o meno), o se non sia invece più opportuno lasciare questa determinazione alla discrezionalità del Membro che l'adotta, e se non sia anche il caso di leggere congiuntamente gli artt. 2.2 e 5.7 SPS come un'articolata espressione del requisito dell' idoneità, senza ricercare artificiose soluzioni di continuità tra i due. D'altronde, se si ammette la tesi secondo cui anche il GATT e l'Accordo TBT, pur non prevedendolo espressamente, consentono l'adozione di misure a titolo provvisorio – tesi di cui si tenta una dimostrazione *supra*, nota 154 – si deve anche ammettere che, nel contesto che qui interessa, una disposizione sepa-

siano interpretati in maniera tale da offrire una tutela *completa* del diritto di autodeterminazione del livello di tutela; in modo tale, cioè, che qualsiasi misura intesa a prevenire un rischio in una situazione di incertezza scientifica rientrante nei legittimi "confini" del principio di precauzione¹⁶⁹, possa giustificarsi alla stregua dell'una o dell'altra disposizione¹⁷⁰.

12. Il problema della "specificità" dei dati scientifici richiesti per giustificare una misura restrittiva

Nella prassi dell'OMC, la facoltà di adottare misure precauzionali è condizionata dalla presenza di un ulteriore requisito, riguardante questa volta il *livello di specificità* della valutazione del rischio posta a fondamento di una misura restrittiva. Il requisito in parola è stato enunciato in questi termini nel caso *ECs – Hormones*: «one of the basic principles of a risk assessment appears to be that it needs to be carried out *for each individual substance*»¹⁷¹. Il *panel* ne ha chiarito il senso replicando ad una pretesa avanzata della Comunità: incapace di fornire una valutazione dei rischi relativi all'uso di un ormone sintetico, il melengesterololo acetato (MGA), la Comunità ha asserito che una simile carenza fosse compensata dalla produzione di studi di carattere generale, concernenti, cioè, il rischio rappresentato da un'eccessiva assunzione di progestine, famiglia di sostanze di cui l'ormone MGA fa parte, almeno sotto il profilo degli effetti che produce¹⁷². La pretesa della Comunità è stata rigettata perché in contrasto con il requisito in questione.

Il livello di specificità richiesto dagli organi dell'OMC appare piuttosto elevato: sul punto, l'Organo d'appello ha confermato le conclusioni del *panel* e le ha persino precisate, se possibile, in senso restrittivo, quando ha osservato che la Comunità non era stata in grado di dimostrare «how closely related MGA is *chemically and pharmacologically* to other progestines»¹⁷³.

rata specificamente dedicata a tali misure non è indispensabile.

¹⁶⁹ Come definiti *supra*, par. 7.

¹⁷⁰ Così, quando l'Organo d'appello afferma che l'applicazione dell'art. 5.7 SPS «is triggered not by the existence of scientific uncertainty, but rather by the insufficiency of scientific evidence», che i due concetti non sono intercambiabili e che, pertanto, tale articolo non può essere adeguatamente letto «through the prism of "scientific uncertainty"» (*Japan – Apples*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 96, par. 184), esprime un'opinione che si può condividere – se non altro perché l'incertezza scientifica rileva anche nell'interpretazione degli artt. 2.2 e 5.1 SPS – senza però dimenticare che, alla luce del principio di autodeterminazione del livello di tutela, l'art. 5.7 SPS non può essere interpretato in modo tale da precludere *a priori* l'adozione di misure preventive in particolari situazioni di incertezza scientifica.

¹⁷¹ Report of the Panel, *cit. supra*, nota 63, par. 8.260; confermato in appello, par. 200.

¹⁷² In questo senso si erano espressi due dei periti nominati dal *panel* (cfr. *supra*, nota 147 e relativo testo).

¹⁷³ Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 201.

Si può notare che una caratterizzazione talmente rigida del requisito in questione¹⁷⁴ potrebbe interferire con il funzionamento di una particolare categoria di procedure di gestione del rischio, procedure che peraltro costituiscono strumenti di particolare importanza nel quadro della legislazione sanitaria e ambientale di alcuni Membri dell'OMC. Si pensi, in particolare, alle procedure che subordinano la commercializzazione di un prodotto (definito *a priori* dal legislatore come appartenente ad una certa categoria di merci), all'accettazione, da parte dell'autorità pubblica competente, di una domanda di autorizzazione corredata da studi scientifici sui rischi connessi alla diffusione dello stesso: così dispone, ad esempio, la legislazione comunitaria applicabile al commercio degli organismi geneticamente modificati¹⁷⁵. Nel quadro di tali procedure, l'onere di produrre i dati scientifici necessari ad una valutazione del rischio è attribuito al soggetto interessato alla commercializzazione del prodotto. Ora, gli atti che istituiscono tali procedure, poiché senza dubbio incidono sugli scambi commerciali, perlomeno rientrano nella sfera d'applicazione dell'Accordo SPS¹⁷⁶. Il membro tenuto a giustificarli dinanzi agli organi dell'OMC, potrebbe quindi sostenere che le stesse sono compatibili con gli artt. 2.2 e 5.1 SPS, perché fondate su una generica valutazione del rischio relativa all'intera gamma di prodotti per i quali si richiede un'autorizzazione previa, oppure affermando che la procedura è una misura provvisoria adottata

¹⁷⁴ Può essere interessante confrontare tale caratterizzazione con ciò che il giudice comunitario ha stabilito in circostanze del tutto analoghe. Nel caso *Alpharma*, la sostanza controversa, un antibiotico noto con il nome di zinco-bacitracina, era stata messa al bando dal legislatore comunitario sebbene non fosse stata oggetto di alcuna valutazione scientifica, né prima né dopo essere stata colpita dal divieto. Il divieto è stato perciò impugnato dinanzi al Tribunale di primo grado. Quest'ultimo ha ritenuto che, vietando in linea di principio l'uso a fini zootecnici di qualunque antibiotico suscettibile d'impiego nella cura di patologie umane (per limitare il più possibile l'espandersi del fenomeno per cui i batteri, a contatto con gli antibiotici, tendono a sviluppare una resistenza a certe cure), il legislatore comunitario non aveva commesso un manifesto errore di valutazione. Pur non disponendo di dati scientifici relativi alla zinco-bacitracina, le istituzioni comunitarie, secondo il Tribunale, potevano validamente trasporre le conclusioni tratte dallo studio di alcuni antibiotici suscettibili di "doppio uso" (nell'allevamento e nella cura delle patologie umane) all'intera categoria di sostanze. Tuttavia, ha osservato il Tribunale, il fondamento scientifico dedotto "per via analogica", quindi non suffragato da rilevazioni empiriche relative alla sostanza oggetto del divieto, deve presumersi sufficiente fintantoché non sia provato che detta sostanza possiede caratteristiche o proprietà tali da sottrarla all'ambito di validità delle conclusioni raggiunte per la classe di sostanze cui essa in qualche modo afferisce. Si assiste, in altre parole, all'emergere di una presunzione che il soggetto interessato alla commercializzazione della sostanza vietata deve rovesciare (cfr. sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 settembre 2002 in causa n. T-70/99, *Alpharma*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3495, punti 294, 295, 307). Nulla di simile accade nel quadro dell'OMC.

¹⁷⁵ Direttiva n. 2001/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, in *Guce* n. L 106 del 17 aprile 2001, p. 1; regolamento n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003, p. 1.

¹⁷⁶ Vale a dire, nella misura in cui «affect, directly or indirectly, international trade» e sono adottate al fine di proteggere «human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from (...) disease-causing organisms in foods, beverages and feedstuffs» oppure «plant life or health within the territory of the Member from risks arising from (...) disease-carrying organisms or disease-causing organisms» (Allegato A, par. 1 SPS).

sulla base di «available pertinent information» ai sensi dell'art. 5.7 SPS.

Ebbene, circa la compatibilità con gli artt. 2.2 e 5.1 SPS, la pretesa sarebbe insostenibile perché in contraddizione con il requisito della specificità della valutazione del rischio. Altrettanto vano sembrerebbe, almeno a prima vista, il tentativo di qualificare il provvedimento come misura provvisoria ai sensi dell'art. 5.7 SPS. Il membro che si avvale di tale disposizione, infatti, soggiace all'obbligo di procurarsi le informazioni aggiuntive necessarie «for a more objective assessment of risk»¹⁷⁷. Si potrebbe sostenere, è vero, che l'art. 5.7 SPS vada interpretato nel senso che il membro che lo invoca deve considerarsi alla ricerca di informazioni aggiuntive, e quindi in regola con l'obbligo appena menzionato, se la sua legislazione impone al soggetto richiedente di fornire una valutazione dei rischi connessi al prodotto oggetto della domanda. Tuttavia, se anche si ritenesse ammissibile un'interpretazione del genere, nulla impedirebbe al soggetto richiedente di fornire all'amministrazione una valutazione dei rischi di puro comodo (o di ometterla del tutto); e il probabile rigetto della domanda da parte dell'amministrazione, una volta impugnato dinanzi agli organi dell'OMC, dovrebbe essere giustificato in base ad una specifica valutazione del rischio, in linea con il requisito enunciato nel caso *ECs – Hormones*¹⁷⁸.

A questo proposito, parte della dottrina ha però opinato che, nel quadro di una procedura di autorizzazione previa, l'autorità pubblica competente che si dichiara insoddisfatta della quantità o della qualità delle informazioni fornite dal soggetto interessato alla commercializzazione, e che per tale ragione rigetta la relativa domanda, deve *ancora* considerarsi alla ricerca di nuove informazioni conformemente all'art. 5.7 SPS, a patto che la procedura in questione non limiti la possibilità di introdurre una nuova richiesta di autorizzazione relativa al medesimo prodotto¹⁷⁹. In altre parole, finché un membro è disponibile a riesaminare un'istanza sulla base di ulteriori informazioni fornite dal produttore – il quale, del resto, potrebbe essere l'unico a disporne – dovrebbe presumersi in regola con l'art. 5.7 SPS, in particolare con il requisito che im-

¹⁷⁷ Nel senso che il requisito della specificità della valutazione del rischio «implies that it is inconsistent with the SPS Agreement to maintain a domestic regulatory program that automatically bars import of a new product until the product supplier produces sufficient data and proves its safety» si esprime V. WALKER, *Keeping the WTO from becoming the "World Trans-science Organization"*, cit. *supra*, nota 10, p. 300.

¹⁷⁸ In base a considerazioni analoghe, D. WIRT, *The Role of Science in the Uruguay Round*, nota 138, conclude, senza però motivare, che «it would plainly be absurd to consider that prohibition to be a "measure" within the meaning of the Uruguay Round (...) texts on sanitary and phytosanitary standards» (pp. 857-858).

¹⁷⁹ B. HOWSE - P. MAVROIDIS, *Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs – The Issue of Consistency with WTO Law: Of Kine and Brine*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, 2000, p. 317, p. 369.

pone la ricerca di nuove informazioni. L'interpretazione appare ragionevole ed è auspicabile che gli organi dell'OMC la facciano propria¹⁸⁰.

Se tale interpretazione venisse accolta, al membro convenuto resterebbe comunque da dimostrare l'esistenza di informazioni pertinenti che facciano temere l'esistenza di un pericolo – si tratta, come s'è detto in precedenza, del primo requisito da soddisfare affinché la misura contestata possa essere giustificata ai sensi dell'art. 5.7 SPS. Una tattica puramente negativa, consistente nell'affermare che i dati scientifici forniti dal produttore non sono sufficienti per compiere un'adeguata valutazione del rischio, non basterebbe dunque ad assicurare la compatibilità di una misura provvisoria con l'Accordo SPS. Si può notare, inoltre, che l'interpretazione sopra illustrata, il cui apprezzabile risultato consisterebbe nello sgravare l'amministrazione pubblica di gran parte degli oneri di reperimento e di elaborazione dei dati scientifici pertinenti, esige una particolare lettura del requisito temporale di cui all'art. 5.7 SPS. Come si è in precedenza notato, trascorso un ragionevole periodo di tempo, viene meno il diritto di mantenere in vigore una misura restrittiva a titolo provvisorio. La quantificazione di tale periodo dipende in modo determinante dalla difficoltà di procurarsi le informazioni indispensabili per compiere una valutazione del rischio conforme all'art. 5.1 SPS. Nel caso in cui il produttore, pur rimanendo interessato a promuovere la sua istanza, si rifiuti di fornire

¹⁸⁰ La questione *non* è stata sollevata nel quadro della controversia sugli OGM ancora pendente dinanzi agli organi dell'OMC tra Argentina, Canada, e Stati Uniti (ricorrenti) e Comunità europea. Le ricorrenti, infatti, non contestano tanto la legislazione comunitaria in materia di OGM, quanto piuttosto la c.d. moratoria *de facto* che, a loro parere, ha impedito (o ritardato) l'approvazione a livello comunitario di nuovi prodotti o colture geneticamente modificati a partire dal 1998. Da parte sua, la Comunità nega l'esistenza della moratoria e, in subordine, sostiene che essa non rientra nell'ambito d'applicazione degli accordi rilevanti oppure che, in ogni caso, i ritardi nelle procedure di approvazione sono giustificati a titolo precauzionale. Per le richieste di consultazioni, v. *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Request for Consultations by the United States, WT/DS291/1 (16 maggio 2003); Request for Consultations by Canada, WT/DS292/1 (20 maggio 2003); Request for Consultations by Argentina, WT/DS293/1 (21 maggio 2003). Poiché le consultazioni, tenutesi il 19 giugno 2003, si sono concluse senza addivenire ad una soluzione concordata, l'8 agosto 2003, Argentina, Canada e Stati Uniti hanno richiesto l'istituzione di un *panel* (*European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Request for Consultations by the United States, WT/DS291/23; Request for Consultations by Canada, WT/DS292/17; Request for Consultations by Argentina, WT/DS293/17). Si vedano inoltre le memorie depositate dalla parti e pubblicate sul sito <http://www.ictsd.org>: First Written Submission of the United States (21 aprile 2004); First Written Submission of Canada (21 aprile 2004); First Written Submission by the European Communities (17 maggio 2004). Sul caso v. T. SPAANGARD, *The Marketing of GMOs: A Supranational Battle over Science and Precaution*, in *Yearbook of European Environmental Law*, 2003, p. 79; N. COVELLI - V. HOHOTS, *The Health Regulation of Biotech Foods under the WTO Agreements*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2003, p. 773; J. SCOTT, *European Regulation of GMOs: Thinking about "Judicial Review" in the WTO*, Jean Monnet Working Paper 04/04, New York, 2004, nonché L. BUSCH - R. GROVE-WHITE - S. JASANOFF - D. WINICKOFF - B. WYNNE, *Amicus Curiae Brief Submitted to the Dispute Settlement Panel of the World Trade Organization in the Case of EC: Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (reperibile sul sito sopraccitato); per un inquadramento più generale della problematica, v. M. P. BELLONI, *"Frankenstein Food"? Un'analisi critica delle contraddizioni e dei limiti della normativa internazionale e statunitense relativa agli organismi geneticamente modificati*, in questa Rivista, 2002, p. 221.

le ulteriori informazioni eventualmente richieste dall'amministrazione, il ragionevole periodo di tempo di cui all'art. 5.7 SPS dovrebbe considerarsi indefinitamente "prorogato" a causa di una *difficoltà persistente*: la reticenza del produttore.

È possibile osservare, infine, che un'interpretazione dell'art. 5.7 SPS nel senso indicato, oltre ad accrescere le "potenzialità difensive" di tale disposizione, incentiverebbe l'adozione di procedure di autorizzazione che attribuiscono ai soggetti economici interessati l'onere di produrre i dati scientifici necessari alla valutazione del rischio, procedure che potrebbero affermarsi come valida alternativa all'imposizione di restrizioni commerciali ben più drastiche, come un incondizionato divieto di importazione. Ricavando l'esempio da un'ipotesi controfattuale: se la Comunità avesse consentito l'importazione di carne trattata con l'ormone sintetico MGA nel quadro di una procedura di autorizzazione previa (in ipotesi applicabile a tutti gli ormoni sintetici), e avesse contemporaneamente invocato l'art. 5.7 SPS a fondamento di un temporaneo divieto di commercializzazione, non si sarebbe trovata, com'è invece avvenuto nella causa *ECs – Hormones*, nella scomoda posizione di dover giustificare, in base all'art. 5.1 SPS, il divieto di impiegare una sostanza sulla quale non esistevano studi scientifici, a parte quelli di natura proprietaria gelosamente custoditi dalle parti attrici¹⁸¹. In altri termini, la Comunità avrebbe potuto prevalersi del rifiuto opposto alla sua richiesta di informazioni sull'ormone MGA, invece di subirlo.

13. Conclusioni

Forse a causa del tenore "poco precauzionale" della decisione di prima istanza relativa al caso *ECs – Hormones*, decisione che ha poi subito drastiche correzioni da parte dell'Organo d'appello, il rapporto fra principio di precau-

¹⁸¹ Poiché ai sensi dell'art. 5.1 SPS una misura sanitaria o fitosanitaria deve fondarsi su una valutazione del rischio, e poiché la medesima disposizione si applica a situazioni in cui il membro convenuto afferma di possedere elementi scientifici sufficienti per procedere ad un'adeguata valutazione del rischio (ed è questa la posizione processuale in cui la Comunità, non invocando l'art. 5.7 SPS, ha deciso di situarsi), per rigettare le pretese avanzate dalla Comunità in seconda istanza, all'Organo d'appello è bastato constatare che «there was an almost complete absence of evidence on MGA in the panel proceedings. We therefore uphold the Panel's findings that there was no risk assessment with regard to MGA» (*ECs – Hormones*, Report of the Appellate Body, *cit. supra*, nota 10, par. 208). Secondo O. PEREZ, *Reconstructing Science: The Hormone Case between the EU and the United States*, in *European Foreign Affairs Review*, 1998, p. 563, a p. 581, se l'Organo d'appello si fosse servito di una *presunzione negativa*, «as a result of the US and Canadian refusal to furnish the MGA reports, the Appellate Body should have presumed that this hormone *does* create risk to humans». Tuttavia, l'impiego di tale presunzione non consente di concludere che l'autore della misura restrittiva *ha agito sulla base di una valutazione del rischio*, come richiede l'art. 5.1 SPS. In una situazione del genere, infatti, non ci sono, per definizione, gli elementi sufficienti per procedere ad una tale valutazione. La "linea difensiva" dell'autore della misura restrittiva, per essere efficace, deve quindi attestarsi in corrispondenza dell'art. 5.7 SPS.

zione e regole dell'OMC è stato spesso descritto come un dramma dove ad un iniziale conflitto, cagionato da un'alterità radicale, segue una riconciliazione più o meno soddisfacente. Nell'ambito di una simile rappresentazione, il principio di precauzione è talvolta invocato come *deus ex machina*, trasportabile sulla scena per mezzo delle tradizionali regole d'interpretazione dei trattati: un'entità prima assente che, una volta apparsa, polarizzerebbe le norme dell'OMC in modo coerente e risolutivo. È possibile tuttavia sostenere che il principio di precauzione, inteso nella sua versione "debole" o facoltativa, fosse presente sulla scena fin dall'inizio. Se si assume un punto di vista più vicino alla prassi dei Membri dell'OMC, dei *panel* e dell'Organo d'appello, infatti, lo stesso principio non appare più (o non solo) come valore esterno al "sistema" e da questo surrettiziamente proscritto mediante tecniche interpretative autoreferenziali (l'eseccata *clinical isolation*); risulta, al contrario, incardinato nella struttura degli accordi che l'OMC amministra. Come si è potuto verificare, esiste infatti un rapporto d'implicazione fra principio di autodeterminazione del livello di tutela, norma fondamentale del sistema, e principio di precauzione.

Nell'OMC, la "disputa sulla precauzione", si è dunque già trasferita sul piano delle *petites règles*¹⁸² che concretizzano e al tempo stesso delimitano la portata del principio. Nel corso della presente indagine se ne sono individuate alcune: il criterio di demarcazione che, determinando l'irrelevanza del rischio puramente speculativo in quanto oggetto di asserzioni non falsificabili, delimita l'ambito d'applicazione del principio di precauzione; il principio della relatività del fondamento scientifico, che modula il senso della nozione di «prova scientifica sufficiente» a seconda della complessità dei fattori di rischio; le regole della minoranza qualificata e dell'estrapolazione conservativa, che garantiscono l'integrità del principio dell'autodeterminazione del livello di tutela imponendo sistematicamente decisioni improntate alla precauzione.

Il quadro, tuttavia, non può dirsi né completo né del tutto soddisfacente: alcune questioni rimangono irrisolte o in attesa di ulteriori chiarimenti. Si pensi, ad esempio, al ruolo che il principio di precauzione potrebbe svolgere nel giudizio d'appello sull'apprezzamento delle prove scientifiche da parte dei *panel*, ruolo che, finora, l'Organo d'appello ha misconosciuto; o al modo in cui quest'ultimo ha enunciato la regola della minoranza qualificata, che lascia intravedere un'ingiustificata diffidenza nei confronti di opinioni scientifiche "non ortodosse"; oppure, ancora, all'interpretazione delle espressioni

¹⁸² Cfr. M.-A.HERMITTE, *Santé, environnement, pour une deuxième révolution hygiéniste*, in *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison Roche, 1998, p. 23, p. 40: «le principe de précaution a (...) pour fonction de créer une dynamique (...) autorisant la construction de séries de petites règles de décision propres à un univers scientifique controversé».

«pertinent information» e «where relevant scientific information is insufficient» di cui all'art. 5.7 SPS, che certo richiede ulteriori precisazioni ma allo stato lascia presagire che, mediate una lettura restrittiva di quella disposizione, si possa diminuire la portata del principio di precauzione all'interno del sistema.

È possibile chiedersi, inoltre, se il requisito secondo cui gli elementi scientifici addotti a giustificazione di una misura restrittiva devono conseguire un elevato livello di specificità non sia stato caratterizzato, dai *panel* e dell'Organo d'appello, in modo troppo restrittivo, forse irragionevole. Come si è tentato di dimostrare, la risposta a tale quesito dipende in gran parte dal modo in cui saranno interpretate le complesse norme che disciplinano l'adozione di misure precauzionali provvisorie. La lettura che di tali norme verrà data determinerà se l'onere di produrre i dati scientifici necessari alla valutazione dei rischi ambientali e sanitari debba gravare, dal punto di vista della disciplina del commercio internazionale, sulle autorità pubbliche dei Membri importatori ovvero sui soggetti interessati all'esportazione. La questione è cruciale perché da essa dipende la possibilità che politiche precauzionali, in teoria ampiamente consentite dal diritto dell'OMC, possano anche in pratica armonizzarsi con i principi del libero commercio.

Lorenzo Gradoni*

* Ricercatore in Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Bologna.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

CONTRASTA CON I PRINCIPI DI TRASPARENZA, EFFETTIVITÀ E CONCORRENZA UNA NORMATIVA NAZIONALE CHE CONSENTE L’AFFIDAMENTO DIRETTO DI CONCESSIONI DI PUBBLICI SERVIZI*

I

Corte di giustizia

Sentenza del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03

Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de’ Botti, con l’intervento di: Padania Acque SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 49 Ce - Contratti della pubblica amministrazione - Gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas - Affidamento diretto della concessione a società a prevalente capitale pubblico - Obblighi procedurali dell’ente aggiudicatore - Necessità di una procedura selettiva secondo criteri concorrenziali.

Gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all’affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un’impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.

* In argomento v. *infra*, p. 693 ss., il commento di ANDREA SONCINI.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03**

Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG,

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 43 e 49 CE - Contratti della pubblica amministrazione - Gestione di parcheggi pubblici a pagamento - Concessione del pubblico servizio ad azienda speciale della pubblica autorità - Obblighi procedurali dell'ente aggiudicatore - Inapplicabilità della normativa sugli appalti pubblici di servizi - Affidamento della concessione in totale assenza di gara - Violazione del principio di non discriminazione e trasparenza.

L'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

I

(Omissis) **In diritto**

Questione pregiudiziale *(Omissis)*

Sugli artt. 43 CE e 49 CE

15. Con la questione proposta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 49 CE ostino all'affidamento diretto, cioè senza l'indizione di una gara, da parte di un comune, di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%.

16. Occorre ricordare che l'attribuzione di simile concessione non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore

degli appalti pubblici. In mancanza di una disciplina del genere, è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni.

17. Al riguardo, occorre osservare che, nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune di Cingia de' Botti, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro (v., in questo senso, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, cit., punto 61).

18. Infatti, in mancanza di qualsiasi trasparenza, quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la detta concessione.

19. Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (v. in particolare, in questo senso, sentenze 10 marzo 1993 in causa n. C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*, *Raccolta*, I, p. 817, punto 17; 8 giugno 1999 in causa n. C-337/97, *Meeusen*, *Raccolta*, I, p. 3289, punto 27, nonché 26 ottobre 1999 in causa n. C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, *Raccolta*, I, p. 7447, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

20. Per quanto riguarda la controversia nella causa principale, non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime (v., in questo senso, sentenze 7 marzo 1990 in causa n. C-69/88, *Krantz*, *Raccolta*, I, p. 583, punto 11; 21 settembre 1999 in causa n. C-44/98, *BASF*, *Raccolta*, I, p. 6269, punto 16, nonché ordinanza 12 settembre 2002 in causa n. C-431/01, *Mertens*, *Raccolta*, I, p. 7073, punto 34).

21. In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione.

(*Omissis*)

25. All'udienza il Governo italiano ha fatto valere, in sostanza, che, a differenza di alcune grandi città italiane, la maggior parte dei comuni non ha i mezzi per garantire mediante strutture interne servizi pubblici come quello della distribuzione del gas sul suo territorio e si vede pertanto costretta a fare ricorso a strutture, come quella della Padania, nel capitale delle quali più comuni detengono partecipazioni.

26. Al riguardo occorre constatare che una struttura come quella della Padania

non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico. Infatti, come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte.

27. Non è stata portata a conoscenza della Corte nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un'eventuale differenza di trattamento.

28. In tale contesto, occorre risolvere la questione proposta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*) **In diritto**

Controversia principale e questioni pregiudiziali (*Omissis*)

Sulla seconda questione

44. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario qualora l'impresa concessionaria sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui il Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro.

45. La questione riguarda, da un lato, la condotta dell'autorità concedente in relazione all'attribuzione di una concessione specifica e, dall'altro, la normativa nazionale che permette l'attribuzione di tale concessione senza bando di gara.

46. Nonostante il fatto che i contratti di concessione di pubblici servizi, allo stadio attuale del diritto comunitario, sono esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva n. 92/50, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare (v., in questo senso, sentenze 7 dicembre 2000 in causa n. C-324/98, *Telaustria* e *Telefonadress*, *Raccolta*, I, p. 10745, punto 60,

e 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, *Raccolta*, I, p. 0000, punto 16).

47. Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma enuncia che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

48. Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE sono specifica espressione del principio della parità di trattamento (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa n. C-3/88, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. 4035, punto 8). Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale di parità di trattamento (v. sentenza 8 ottobre 1980 in causa n. 810/79, *Überschär*, *Raccolta*, p. 2747, punto 16). Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità (v., in questo senso, sentenza 25 aprile 1996 in causa n. C-87/94, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, I, p. 2043, punti 33 e 54). Ne risulta che il principio di parità di trattamento tra offerenti deve applicarsi alle concessioni di pubblici servizi anche quando non vi sia discriminazione sulla base della nazionalità.

49. I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza che incombe alla detta autorità consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in questo senso, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, *cit.*, punti 61 e 62).

50. Spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni competenti, se le modalità di gara siano adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta. Tuttavia, la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa nella causa principale non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

51. Inoltre, l'art. 86, n. 1, CE, stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE e 81 CE-89 CE.

52. Ne risulta che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

53. Per sostenere che le disposizioni del Trattato e i principi generali menzionati ai punti 46-52 della presente sentenza non si applicano a una concessione di pubblici

servizi attribuita in circostanze quali quelle della causa principale sono invocati due argomenti.

54. Innanzitutto, la ASM Bressanone Spa sostiene che gli artt. 43 CE-55 CE non sono applicabili a una situazione quale quella della causa principale perché si tratta di una situazione puramente interna ad un solo Stato membro, visto che la Parking Brixen, la ASM Bressanone Spa e il comune di Bressanone hanno tutti sede in Italia.

55. Quest'argomento non può essere accolto. Infatti, non si può escludere che, nella causa principale, imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta (v., in questo senso, sentenza *Commissione c. Belgio, cit.*, punto 33). Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si ha discriminazione, perlomeno potenzialmente, a danno delle imprese degli altri Stati membri che non possono fruire della libertà di fornire servizi e della libertà di stabilimento previste dal Trattato (v., in questo senso, sentenza *Coname, cit.*, punto 17).

56. In secondo luogo, la Repubblica italiana, la ASM Bressanone Spa e il comune di Bressanone fanno valere che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario a una situazione quale quella controversa nella causa principale è esclusa per il fatto che la ASM Bressanone Spa non è un ente indipendente da quel comune. A sostegno di quest'argomento invocano la sentenza 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal (Raccolta, I, p. 8121, punti 49-51)*.

57. A questo proposito, si deve ricordare che, nella citata sentenza *Teckal*, la Corte ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*Guce n. L 199, p. 1*), è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti.

58. In relazione all'esistenza di un tale contratto, la Corte ha precisato, al punto 50 della citata sentenza *Teckal*, che, conformemente all'art. 1, lett. a., della direttiva 93/36, in linea di principio basta che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori.

59. La Corte ha confermato che le medesime considerazioni si applicano alla direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, e alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/37/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*Guce n. L 199, p. 54*) (v., rispettivamente, sentenze 11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau, Raccolta, I, p. 1, punti 48, 49 e 52*, e 13 gennaio 2005 in causa n. C-84/03, *Commissione c. Spagna, Raccolta, I, p. 139, punto 39*).

60. Queste considerazioni partono dalla premessa che l'applicazione delle direttive n. 92/50, n. 93/36 e n. 93/37 dipende dall'esistenza di un contratto concluso tra due soggetti distinti (v. sentenza *Teckal, cit.*, punti 46 e 49). Ebbene, l'applicazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di uguaglianza, non discrimi-

nazione e trasparenza che sono loro collegati, non dipende dall'esistenza di un contratto. Conseguentemente, le considerazioni sviluppate nella giurisprudenza citata ai punti 56-59 della presente sentenza non si applicano automaticamente a quelle disposizioni del Trattato né a quei principi.

61. Ciò nondimeno, occorre constatare che le dette considerazioni possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza *Stadt Halle et RPL Lochau*, cit., punto 48).

62. Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica.

63. Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 46).

64. Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65. Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

66. Dalla decisione di rinvio si ricava che, in virtù dell'art. 1 dello statuto dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, questa costituiva un ente del comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali. Il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all'azienda la necessaria autonomia imprenditoriale.

67. La ASM Bressanone Spa ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano:

a. la trasformazione della Servizi Municipalizzati Bressanone –azienda speciale del comune di Bressanone – in una società per azioni (ASM Bressanone Spa) e la natura di questo tipo di società;

b. l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad ope-

rare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;

c. l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;

d. l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero;

e. i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune.

68. Concretamente, per quanto riguarda i poteri conferiti al detto Consiglio di amministrazione, dalla decisione di rinvio risulta che lo statuto della ASM Bressanone Spa, in particolare l'art. 18, affidano a tale organo ampi poteri di gestione della società, poiché dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Inoltre, il potere, previsto al detto art. 18, di rilasciare garanzie fino al limite di EUR 5 000 000 o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indica che tale società dispone di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti.

69. La decisione di rinvio indica altresì che il comune di Bressanone ha la facoltà di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone Spa. Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone Spa.

70. Allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo ai punti 67-69 della presente sentenza, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

71. Pertanto, senza che sia necessario verificare se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica concedente, l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica a un simile ente non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità, a cui le norme comunitarie sono inapplicabili.

72. Ne consegue che la seconda questione proposta dev'essere risolta dichiarando quanto segue:

Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

(Omissis)

TRASPARENZA ED EFFETTIVITÀ IN MATERIA DI CONCESSIONI DI SERVIZI

Nota alle sentenze della Corte di giustizia del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, e del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*.

Sommario: I. *La sentenza Coname* - 1. *La fattispecie oggetto della sentenza e il quadro normativo di riferimento* - 2. *Gli obblighi procedurali alla luce della sentenza Teleaustria e della comunicazione della Commissione europea del 29 aprile 2000* - 3. *La imprescindibile necessità di una gara, ancorché "minimale"* - 4. *Il principio di "trasparenza" quale corollario del principio di parità di trattamento* - 5. *Il problema della "effettività" della gara* - II. *La sentenza Parking Brixen*.

Le sentenze della Corte di giustizia, sopra riportate, verranno in prosieguo separatamente commentate.

I. *La sentenza Coname*

1. *La fattispecie oggetto della sentenza e il quadro normativo di riferimento*

La sentenza *Coname* offre lo spunto per tentare di individuare, seppur sommariamente, quali siano gli obblighi procedurali gravanti in capo alle amministrazioni in caso di affidamento di concessioni di servizi¹.

¹ In tema, vi è amplissima dottrina. Si ricorda in particolare: E. PALMIERI, *La scelta del concessionario nella concessione di pubblici servizi: evidenza pubblica o discrezionalità?*, in *Riv. trim. appalti*, 1988, p. 1044 ss.; G. TURCO LIVERI, *Appalto e concessione dei servizi pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1993, p. 1180 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Riv. dir. amm.*, 2000, p. 60 ss.; B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 64 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 1464 ss.; F. LEGGIADRO, *Commento alla sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 4 agosto 2004, n. 3242*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 2, p. 214 ss.; R. CARANTA, *A commento della decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168, in materia di concessione di beni pubblici e di principi generali di derivazione comunitaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 3, p. 333 ss.

Si tratta di una sentenza resa a seguito di un rinvio pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale per Lombardia, che ha chiesto alla Corte di giustizia l'interpretazione degli artt. 43 e 49 del Trattato, al fine di verificare se tali disposizioni ostino all'affidamento diretto, «cioè senza l'indizione di una gara», di una «concessione» da parte di un Comune (concessione avente ad oggetto la gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas)².

Ci sia consentito di ricordare preliminarmente, e per sommi capi, la nozione comunitaria di concessione.

La «concessione»³, ed in particolar modo quella «di servizi», si basa su di un rapporto di rilievo trilaterale, intercorrente tra amministrazione, concessionario e utenza collettiva, nel quale si verifica un conferimento al concessionario del diritto di gestire un servizio unitamente al diritto di percepirne i proventi direttamente dall'utenza (anche accompagnato, ma in misura non determinante, da un prezzo eventualmente pagato dalla pubblica amministrazione). Il concessionario risulta assumere il rischio della complessiva remuneratività dell'operazione.

Tali elementi distinguono le concessioni dagli appalti, caratterizzati viceversa dalla predeterminazione di un corrispettivo a favore dell'appaltatore (e a carico dell'amministrazione), nell'ambito di un rapporto di rilievo strettamente bilaterale⁴, senza che intervenga un apporto economico da parte del-

² Il TAR ha presentato alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: «se gli artt. 43, 49 e 81 del Trattato, laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione in house». Nel presente scritto non ci si occuperà di tale ultimo profilo della cosiddetta «deroga in house»; del resto, la soluzione offerta dalla Corte nella sentenza in esame, a fronte dell'irrisorietà della partecipazione azionaria e dell'assenza di altri elementi di delegazione "interorganica", risulta priva di particolare interesse.

³ A riguardo, come è noto, con la comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 (v. *infra*, nota 9), la Commissione europea ha avuto modo di specificare la nozione comunitaria di concessione (differenziandola da quella d'appalto e, conseguentemente, puntualizzando i principi ad essa applicabili).

Sui principi enucleati dalla comunicazione e, quindi, sugli obblighi procedurali da essi desumibili, si tornerà nel par. 2.

⁴ Sulla nozione comunitaria di concessione di servizi e sulla differenza dall'appalto, oggetto di vastissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si veda l'art. 1, par. 4, della direttiva "unificata" n. 2004/18/Ce del 31 marzo 2004, secondo cui «la "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo»; si veda altresì, sull'inapplicabilità alle concessioni delle regole procedurali previste per gli appalti, l'art. 17 della direttiva in questione, richiamato *supra*, nota 2. Si vedano altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale A. La Pergola del 19 febbraio 1998 in causa n. C-360/96, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c. BFI Holding*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6821 ss., secondo cui «(...) la distinzione tra appalti e concessioni di servizi in diritto comunitario, per

l'utenza e quindi senza assunzione del "rischio" economico testé evidenziato⁵.

Orbene, la Corte, nella sentenza che ci occupa, dopo aver aderito, in punto di qualificazione giuridica, alla definizione prospettata dal TAR della Lombardia (concessione di servizi), ricorda che la fattispecie non è sottoposta ad alcuna disciplina contenuta in una specifica direttiva comunitaria (in particolare, in nessuna delle direttive relative agli appalti pubblici)⁶.

La questione risulta quindi circoscritta alla eventuale necessità di una "gara" in base alle sole disposizioni del Trattato e, più precisamente, in base ai principi del diritto comunitario desumibili dal Trattato stesso.

La Corte osserva a riguardo che, non potendosi escludere l'interesse di imprese di un altro Stato membro a concorrere all'affidamento di cui alla causa (riconoscendo, quindi, "rilevanza comunitaria" alla questione⁷), potrebbe astrattamente ravvisarsi una «*differenza di trattamento*» (concretizzandosi quindi una discriminazione in base alla nazionalità, vietata dagli artt. 43 e 49 CE) quando non risultassero nella fattispecie garantite «condizioni di trasparenza», condizioni cioè che, «senza necessariamente comportare un obbligo

communis opinio ed in mancanza di una specifica definizione comunitaria che abbia valore normativo, si fonda su un complesso di criteri. Il primo indice è quello del destinatario o beneficiario del servizio prestato. Nel caso degli appalti il beneficiario del servizio reso è ritenuto essere lo stesso ente appaltante, mentre, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale, di norma la collettività, che riceve la prestazione e che paga, in relazione al servizio ricevuto, un corrispettivo. La concessione di servizi in diritto comunitario esige altresì che il servizio in questione rivesta interesse generale di modo che la relativa erogazione competerebbe istituzionalmente ad una pubblica autorità. La circostanza che ad espletare il servizio sia un terzo opera, quindi, una sostituzione soggettiva del concessionario al concedente negli obblighi che a quest'ultimo sono imposti per assicurare la fornitura del servizio alla collettività. Altro elemento che denota la concessione è quello relativo alla remunerazione, la quale è, in tutto o in parte, ricavata dalla stessa prestazione del servizio che il concessionario effettua in favore dei beneficiari. Ancora un altro aspetto saliente della concessione di servizi in ambito comunitario si ricollega al profilo immediatamente prima evocato, ed è quello che vede il concessionario assumere su di sé il rischio economico derivante dalla fornitura e dalla gestione dei servizi oggetto della concessione. Questi criteri, in parte mutuati dalla figura della concessione di costruzione e gestione, propria della direttiva sugli appalti pubblici di lavori, sono stati peraltro ripresi dalla giurisprudenza della Corte nella sentenza 26 aprile 1994, causa C-272/91, detta *Lottomatica*. (...) La rimarcata lacunosità della definizione di appalto appena prima citata per quel che concerne la causa contrattuale e l'oggetto della prestazione permette dunque di discernere, solo in via deduttiva, l'oggetto del contratto di appalto come l'attività consistente nel fornire un servizio contro il pagamento di un corrispettivo. Di converso, l'elemento del rapporto giuridico che il legislatore mette bene in risalto nella definizione data dalla direttiva è quello della natura della controprestazione. Questa, secondo l'espressione utilizzata dal legislatore comunitario («a titolo oneroso»), deve dunque essere in ogni caso costituita da un corrispettivo pecuniario: il *pretium*».

⁵ Per un ampio *excursus* dottrinale sulle concessioni, si veda R. VILLATA, *Pubblici servizi – discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁶ Si veda, sull'inapplicabilità alle concessioni delle direttive appalti, l'art. 17 della direttiva "unificata" n. 2004/18/Ce, secondo cui: «fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 3 [sull'obbligo da parte dei concessionari di diritti speciali od esclusivi di rispettare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità] la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi (...)».

⁷ Attraverso un giudizio di rilevanza, in materia di contratti della pubblica amministrazione, invero quasi automatico, in mancanza di univoci e specifici elementi contrari: si veda in proposito la giurisprudenza comunitaria richiamata al punto 20 della sentenza in esame.

di fare ricorso ad una gara, consentano a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, in modo tale che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione» (punto 21 della sentenza, poi riprodotto nel dispositivo).

Si consideri in primo luogo l'inciso «*senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara*».

Tale inciso pare escludere la obbligatorietà di "una gara" (oltre al dato letterale, basta rilevare il contenuto del quesito posto dal Giudice nazionale che, nell'ordinanza di rinvio, solleva proprio un problema di necessità o meno «*d'indizione di una gara*»).

Si tratta di definire quindi se, sulla base dell'affermazione citata si debba, in ipotesi di concessioni di servizi, escludere in radice la necessità di ogni forma di "gara" ovvero se perdurano comunque adempimenti procedurali a garanzia di obiettività e concorrenzialità nella scelta dell'impresa affidataria.

Per dare una risposta a tale quesito, si procederà all'analisi dell'inciso citato, prima nel contesto della stessa sentenza *Coname*, poi nel contesto più generale della giurisprudenza della Corte e degli attuali indirizzi interpretativi della Commissione.

Orbene, "gara", nel linguaggio comune, è sinonimo di competizione.

Se ci si attiene quindi a tale, latissima, terminologia comune, si potrebbe ritenere che la Corte escluda, in ipotesi di affidamento di concessioni di servizi, la necessità stessa di una procedura comparativa.

Si perverrebbe, in altre parole, ad escludere l'obbligatorietà, secondo il diritto comunitario, di un "confronto fra imprese".

Vi è però un primo elemento che porta a considerare tale conclusione evidentemente erronea.

Se si segue, infatti, il mero significato "colloquiale" di "gara" e si esclude quindi la necessità di ogni forma di selezione comparativa, si verificherebbe una palese contraddizione logica in seno alla medesima sentenza *Coname*.

La Corte, come visto⁸, riconosce il diritto delle imprese di partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni, a tal fine imponendo che vengano rispettate «condizioni di trasparenza (...) che consentano (...) di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita (...)». Ma la partecipazione ad una procedura di affidamento "ha senso" se ed in quanto utile, se ed in quanto effettivamente strumentale ad un raffronto concorrenziale.

L'obbligo di garantire una partecipazione "utile" alle imprese, connotato, come visto, al canone di trasparenza, presuppone indefettibilmente la ne-

⁸ Si veda la seconda parte del succitato punto 21 della sentenza.

cessità di una procedura selettiva secondo criteri concorrenziali.

Ogni "diritto partecipativo" presuppone sempre una qualche, seppur minima, "gara", risultando tale diritto altrimenti vano (ed incomprensibile).

Una qualche (seppur minimale) forma di selezione è consustanziale al diritto di partecipazione. Se si riconosce il diritto delle imprese, infatti, di presentare le proprie candidature per concorrere all'affidamento di un contratto, non risulta evidentemente ammissibile un potere arbitrario di scelta.

L'inciso sopra citato secondo cui non sarebbe necessario «(...) un obbligo di fare ricorso ad una gara» non può quindi esser valutato fermandosi all'apparente dato letterale.

Occorre viceversa, nell'ottica di individuare, in materia di concessioni, le prescrizioni procedurali gravanti in capo alla pubblica amministrazione, valutare l'espressione in questione alla luce della complessiva giurisprudenza della Corte (e in particolare, da ultimo, della recentissima sentenza *Parking Brixen*, di cui si dirà più avanti), tenendo altresì presente la comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000⁹.

2. *Gli obblighi procedurali alla luce della sentenza Teleaustria e della comunicazione della Commissione europea del 29 aprile 2000*

In passato la Corte di giustizia si è pronunciata in modo specifico, in tema di obblighi procedurali per l'affidamento delle concessioni, nella sentenza *Teleaustria* del 7 dicembre 2000 (in particolare nei punti 60, 61, 62 e nel dispositivo)¹⁰.

Secondo tale sentenza, «gli enti aggiudicatori» sono tenuti «a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare»; «(...) tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza (...)». «Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura (...) dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione».

Tali passaggi (variamente ripresi in pronunce successive) esprimono il principio basilare sancito dalla Corte, secondo cui, per garantire la cosiddetta "trasparenza", occorre non solo una pubblicità commisurata al valore economico dell'affidamento ed al mercato imprenditoriale potenzialmente interes-

⁹ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *Guce* n. C 121 del 29 aprile 2000, p. 2 ss.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2000 in causa n. C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10745. Si veda la nota, alla sentenza in questione, di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, nella rivista *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 487 ss.

sato, ma anche una conoscibilità preventiva degli elementi procedurali "sostanziali", in modo da assicurare la *par condicio* («imparzialità»).

L'obbligo di trasparenza, oltre che imporre un'adeguata pubblicità preventiva, diventa quindi anche il presupposto, seppur indiretto, per garantire l'obiettività della fase selettiva.

A tal ultimo riguardo, pare altresì fondamentale richiamare la comunicazione della Commissione europea del 29 aprile 2000¹¹.

Fra i principi applicabili in materia di concessioni la comunicazione in questione enuclea il principio di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento, principi dai quali sarebbero a loro volta desumibili i seguenti specifici canoni procedurali; occorre «(...) che le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo»; occorre in particolare:

a. «la fissazione di condizioni d'accesso non discriminatorie all'attività economica (...);»

b. «il concedente» è sì «libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, in particolare in funzione delle caratteristiche del settore interessato» ed è libero altresì «di stabilire i requisiti che i candidati devono rispettare durante le varie fasi della procedura» ma «la scelta del candidato, o dei candidati, deve essere operata in base a criteri obiettivi»;

c. «la procedura deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali così come inizialmente stabiliti»;

d. «qualora tali regole non siano state fissate, l'applicazione del principio di parità di trattamento esige, comunque, che la scelta dei candidati avvenga in maniera obiettiva».

Ma non basta; la Commissione individua addirittura talune specifiche ipotesi di divieto, ulteriormente chiarendo, *a contrariis*, gli oneri procedurali gravanti in capo agli enti concedenti: «vanno considerate contrarie» alle norme comunitarie «ad esempio, (...)

- le pratiche che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'oneri o modificate successivamente alla loro apertura; (...)

- la presa in considerazione di soluzioni alternative, nei casi in cui tale possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale»;

- «il progetto iniziale inoltre non deve essere snaturato, nel corso della procedura, rispetto ai criteri e alle esigenze fissati all'inizio della stessa»;

- «il capitolato d'oneri deve comunque, al fine di garantire una concorrenza sana ed efficace, presentare in maniera non discriminatoria ed obiettiva quanto è richiesto ai candidati e, soprattutto, le modalità dell'approccio che essi devono seguire nel preparare le loro offerte»¹².

¹¹ Si veda la nota seguente.

¹² Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario,

Come si nota, la comunicazione della Commissione, giunge a un grado di dettaglio "procedimentale" ben superiore rispetto alla Corte di giustizia che, nella sopra richiamata sentenza *Teleaustria*, si limita, ad affermare il principio di diritto¹³ applicabile.

Sia le statuizioni della Corte nella sentenza *Teleaustria* che le argomentazioni della Commissione nella comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 sono tuttavia riconducibili *ad unum*: pur non dovendosi obbligatoriamente prestabilire le regole procedurali dettagliate della selezione, occorre in ogni caso prefissare "le esigenze" dell'amministrazione e garantire a livello procedurale che la scelta del contraente avvenga in maniera conforme alle esigenze così prefissate e, comunque, in modo obiettivo.

In altre parole, se non è necessario prefissare i criteri di valutazione dei concorrenti e la sequela procedimentale specifica, d'altro canto però si impone, attraverso in particolare l'obbligatoria predeterminazione del progetto e/o del capitolato d'onere, di rendere "trasparenti", e quindi concretamente percepibili, le istanze perseguite così garantendo a livello procedurale che la successiva scelta del contraente, pur non vincolata nelle maglie strette di canoni di valutazione preventivi, avvenga in maniera obiettiva e consona alle esigenze manifestate¹⁴.

cit. supra, nota 9, p. 6 e 7, par. 3.1.1, 3°, 7° e 8° capoverso.

Quanto agli strumenti per garantire un'adeguata partecipazione, la comunicazione della Commissione chiarisce che «(...) la trasparenza può essere garantita con ogni mezzo appropriato, compresa la pubblicazione, in funzione e per tenere conto delle specificità del settore in questione. Siffatte forme di pubblicità contengono, in generale, le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura (ad esempio, criteri di selezione e di attribuzione, ecc.), ivi compreso l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni attese dal concessionario» (Comunicazione *cit.*, p. 7, par. 3.1.2, 2° e 4° capoverso); emerge cioè la specifica necessità di un'idonea pubblicità preventiva, che ponga le imprese interessate in grado di prefigurarsi gli oneri conseguenti alla procedura ed all'affidamento.

Sussiste infine l'obbligo di non imporre requisiti che possano limitare la concorrenza senza corrispondere a reali esigenze tecniche: «(...) uno Stato membro non può esigere, ai fini della selezione dei candidati, capacità tecniche, professionali o finanziarie sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della concessione»; «il principio di proporzionalità esige anche che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario; la durata della concessione deve dunque essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione» (Comunicazione *cit.*, p. 7 e 8, par. 3.1.3, 3° e 4° capoverso); «(...) uno Stato membro è tenuto ad accettare i prodotti e i servizi forniti da operatori economici di altri paesi della Comunità, nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite (...); «l'applicazione di questo principio alle concessioni implica, in particolare, che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita sia tenuto ad accettare le specifiche tecniche, i controlli nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione» (Comunicazione *cit.*, p. 8, par. 3.1.4.).

¹³ La sentenza *Teleaustria* è infatti resa in seno ad un procedimento di rinvio pregiudiziale (di interpretazione) ex art. 234 CE nel quale la Corte, come è noto, è vincolata ad una funzione nomofilattica, limitandosi il suo compito ad affermazioni "in punto di diritto", spettando invece al giudice nazionale procedere alle statuizioni di dettaglio necessarie per risolvere il caso concreto.

¹⁴ Si notino, a riguardo, anche i punti 84 e 86 delle conclusioni, rese (il 12 aprile 2005) nella causa in esame dall'Avvocato Generale C. Stix Ackl: «84. (...) la disciplina ricavabile dalle libertà fondamentali vale in linea di principio per tutti gli aspetti delle aggiudicazioni, cioè da un lato per

3. *La imprescindibile necessità di una gara, ancorché "minimale"*

Sulla base dei suesposti indirizzi interpretativi (della sentenza *Teleaustria* e della comunicazione della Commissione), si può ora individuare la reale portata della sentenza *Coname*.

L'ammettere, come fa la Corte, che non è necessaria «una gara», non determina né la possibilità di affidamenti arbitrari, né consente di eludere alla necessità di una valutazione obiettiva delle offerte.

I principi fondamentali espressi dalla sentenza *Teleaustria* (e dalla comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000) consentono infatti di supplire alla genericità dell'affermazione secondo cui la "gara", nell'affidamento delle concessioni, non sarebbe necessaria.

È infatti sempre e comunque necessario garantire una competizione fra imprese, potendosi, in materia di concessioni, unicamente escludere l'obbligo specifico di prefissare i criteri di aggiudicazione, ovvero l'obbligo specifico di obbedire ad una sequela procedimentale predeterminata.

In particolare, permarranno in capo all'ente concedente (per lo meno) i seguenti obblighi procedurali:

- garantire una pubblicità adeguata rispetto al mercato (anche non necessariamente attraverso i "canali" tradizionali delle gazzette ufficiali);
- predeterminare il capitolato d'oneri e/o il progetto del servizio (in particolare specificando il valore del contratto, la sua durata, le eventuali clausole di rinnovo ecc...);
- non imporre condizioni di partecipazione eccessive o ingiustificate (ad esempio non imponendo prescrizioni tecniche non confacenti all'esecuzione);
- garantire l'accesso agli atti, durante tutto il procedimento.

La scelta del contraente potrà, come si nota, certamente avvenire attraverso una procedura selettiva semplice, con margine di apprezzamento più ampio, in particolare senza il vincolo di criteri predeterminati (che l'amministrazione concedente non solo potrà evitare di specificare preventivamente, ma addirittura potrà mutare nel corso del procedimento) e senza la preventiva obbligatoria fissazione della tempistica e delle fasi procedurali.

Non dovrà però essere comunque impedita la "trasparenza" dell'affidamento, in termini sia di conoscibilità degli atti che, ancor più importante, di

la componente materiale, come ad esempio la descrizione dell'oggetto della prestazione (ad esempio per mezzo di specificazioni tecniche o della durata della concessione) oppure criteri per l'idoneità (soprattutto qualifiche) e per il sovrapprezzo, nei quali deve essere in particolare osservato il principio del reciproco riconoscimento. Dall'altro questa disciplina vale anche per l'aspetto procedurale, cioè per la procedura da seguire in senso stretto, come ad esempio la scelta del tipo di procedimento – cui appartiene anche la pubblicazione del bando di gara – e i termini (ad esempio per la ricezione della domanda di partecipazione o dell'offerta). (...) 86. Dall'obbligo alla parità di trattamento si può ad esempio dedurre che la scelta dei concessionari deve avvenire su di una base obiettiva. Ciò significa anche che i requisiti stabiliti all'inizio del procedimento di aggiudicazione devono essere mantenuti ed applicati allo stesso modo per tutti i candidati».

esatta previsione delle necessità dell'amministrazione, in modo da consentire una perdurante verifica dell'imparzialità procedimentale.

4. *Il principio di "trasparenza" quale corollario del principio di parità di trattamento*

Corre l'obbligo, tutto ciò premesso, di scongiurare un possibile fraintendimento¹⁵. Si consideri che la Corte (nella sentenza in esame) richiama unicamente l'obbligo di "trasparenza", senza nemmeno accennare agli altri principi fondamentali desumibili dal Trattato (proporzionalità, mutuo riconoscimento, parità di trattamento).

Ciò non deve tuttavia stupire, né tanto meno allarmare (facendo erroneamente supporre che tali principi non trovino applicazione).

La Corte non intende certo attribuire rilievo alla sola "trasparenza", a scapito degli altri principi.

Come infatti emerge dalla citata sentenza *Teleaustria*, la trasparenza include in sé, costituendone derivazione, il principio di parità di trattamento, a sua volta inscindibilmente connesso a quello di proporzionalità e mutuo riconoscimento.

Il rilievo "particolare" attribuito alla trasparenza nella sentenza che ci occupa va ricercato nella problematica di natura strettamente procedimentale sollevata (se sussisteva o meno un obbligo di «indire una gara»). Il TAR chiedeva lumi sulla correttezza del procedimento, per nulla adombrando la violazione, sotto il profilo sostanziale, di (altri) diritti fondamentali.

Dal che la comprensibile risposta della Corte, volutamente circoscritta e puntuale¹⁶.

L'obbligo di trasparenza include infatti in sé tutti i profili procedimentali ascrivibili ai diritti fondamentali.

L'omesso riferimento agli altri diritti fondamentali non intacca dunque (e non esclude affatto) che l'amministrazione sia parimenti (ovviamente) tenuta al rispetto dei canoni di proporzionalità, parità di trattamento e mutuo riconoscimento.

5. *Il problema della "effettività" della gara*

Venendo ora ad esporre talune considerazioni conclusive, possiamo affermare che la Corte nella sentenza *Coname* si preoccupa essenzialmente di stimolare "un'emersione" delle imprese interessate, cioè di garantire la possi-

¹⁵ A fronte della indubbia "stringatezza" della sentenza che non soccorre particolarmente l'interprete.

¹⁶ Sul che si veda infatti quanto specifica l'Avvocato Generale C. Stix Ackl al punto 87 delle sue conclusioni.

bilità di conoscenza della procedura di affidamento nel mercato potenzialmente interessato. Dal che, come visto, l'imposizione di "un'adeguata" informativa preventiva, quale corollario della trasparenza.

La Corte, però, come parimenti evidenziato, esclude l'obbligo di una vera e propria "gara", nel senso che esclude la necessaria prefissazione dei criteri di valutazione e della specifica sequela procedimentale.

Ma in mancanza di prefissazione dei criteri di assegnazione (e della specifica preventiva fissazione della sequela procedimentale), ben difficilmente si avrà un'adeguata partecipazione delle imprese, specialmente estere; l'incertezza sulle regole competitive, infatti, rappresenta un pericoloso deterrente alla partecipazione, specialmente a fronte del costo non indifferente dei necessari studi di fattibilità preventivi (preordinati a valutare la remuneratività del contratto e le *chances* di affidamento), tanto più da parte di imprese straniere, rispetto alle quali, oltre alla distanza ed ai problemi linguistici, si aggiunge la scarsa conoscenza della disciplina normativa e delle tutele azionabili.

Si porrà quindi, di volta in volta, un problema di effettività¹⁷ delle procedure di affidamento delle concessioni, dovendoci chiedere, a fronte della fattispecie concreta, se il grado di trasparenza della procedura "minimale" imposto dalla Corte garantisca a sufficienza la partecipazione e quindi, indirettamente, la massima concorrenza e l'apertura del mercato.

La recentissima sentenza *Parking Brixen*¹⁸, del 13 ottobre 2005, contiene preziose indicazioni che, da un lato, confermano la necessità della "gara minimale" a cui sopra si è accennato e, dall'altro lato, sviluppano l'esigenza di una procedura comunque "effettiva".

II. La sentenza *Parking Brixen*

Nella sentenza *Parking Brixen*¹⁹ la Corte torna nuovamente sul problema del «se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimen-

¹⁷ Sul principio di effettività, in materia di procedura d'appalto e di rimedi giurisdizionali, alla luce delle disposizioni di cui alla direttiva n. 89/665/Cee, si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2003 in causa n. C-327/00, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1877, punti da 54 a 58; nonché più in generale le sentenze del 18 giugno 2002 in causa n. C-92/00, *HI Hospital Ingenieure c. Krankenhaus-technik PlanungsgesmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5553, punto 67; dell'11 luglio 2002 in causa n. C-62/00, *Marks & Spencer plc c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6325, punto 34; del 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig Italiana SpA c. Ministero delle Finanze*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8003, al punto 33 e del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie c. État belge*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599, punto 14.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Geimende Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, ma reperibile, ancorché non nel testo ufficiale, sul sito internet www.curia.eu.int.

¹⁹ Si veda *supra*, nota 15.

to di una pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario»²⁰.

Si possono evidenziare tre passaggi fondamentali della sentenza:

a. la Corte ricorda prima di tutto, in via generale, come «i principi di parità di trattamento e non discriminazione (...) comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza (...) L'obbligo di trasparenza (...) consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione»²¹.

b. La Corte precisa però che «spetta all'autorità pubblica concedente valutare (...) se le modalità di gara siano adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta; (...) la totale mancanza di gara, nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa (...) non è conforme»²² al diritto comunitario.

c. Precisa altresì che «gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara (...)»²³.

Orbene, con riferimento al sopra citato punto a., la sentenza *Parking Brixen* non contiene elementi innovativi, semplicemente riformulando la statuizione fondamentale già contenuta nella sentenza *Teleaustria*²⁴.

Estremamente interessanti sono invece gli sviluppi argomentativi che la Corte espone nei successivi punti (sopra richiamati).

Dal sopra citato punto b. si ricava, in primo luogo, che l'affidamento di una concessione in «totale» assenza di "gara" si pone in contrasto con il diritto comunitario.

Risultano così definitivamente superati i dubbi interpretativi sull'ammissibilità di affidamenti "senza gara", confermandosi l'obbligatorietà (quanto

²⁰ Punto 44 della sentenza. La sentenza affronta anche, in maniera profusa, il problema dell'affidamento "in house", chiarendo in particolare l'applicabilità della giurisprudenza "Tecka" (sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121; inoltre, si veda la sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1) alle concessioni di servizi, oltre che agli appalti; la Corte evidenzia infatti che «nel settore (...) delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni (...) trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia (...) di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne» (punto 61 della sentenza in esame).

Sull'affidamento "in house", ovvero sul cosiddetto "in house providing", si veda, in particolare, G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 61 ss.

²¹ Sentenza in esame al punto 49.

²² Sentenza in esame al punto 50.

²³ Sentenza in esame al punto 52.

²⁴ Si veda a tergo quanto rilevato *supra*, par. I.2.

meno) della "gara minimale" di cui precedentemente detto²⁵.

In secondo luogo, sempre dal sopra richiamato punto *b.* della sentenza *Parking Brixen* (laddove si prescrivono «modalità di gara (...) adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi (...)»), si desume che la gara deve risultare, in relazione alle particolarità del caso di specie e delle caratteristiche dei servizi oggetto di affidamento, idonea a garantire una selezione, oltre che obiettiva, anche effettiva, ponendosi maggior accento, rispetto alla pregressa sentenza *Coname*, sulla stretta correlazione fra procedura prescelta e fattispecie concreta²⁶.

La Corte affronta, attraverso tale inciso, la necessità del rispetto del principio di "effettività", chiarendo espressamente che le modalità di gara, al di là delle minimali garanzie partecipative, devono comunque essere individuate basandosi sul singolo caso, cioè sulle caratteristiche del mercato imprenditoriale potenziale e sulle peculiarità del contratto.

Non solo: nell'inciso sopra evidenziato al punto *c.* («gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara (...)») la Corte fa espresso divieto di prevedere, a livello normativo (cioè in modo aprioristico), affidamenti senza "gara", sottintendendone l'evidente (insanabile) contrasto sia con il principio di trasparenza (che, come detto, impone sempre una "gara", quantunque "minimale") sia con il principio di effettività (che impone una scelta *ad hoc* della procedura selettiva, conforme al mercato di riferimento ed alla tipologia contrattuale) sia, infine, con il principio di concorrenza²⁷, che osta ad ogni forma di surrettizia creazione di regimi privilegiati.

In conclusione, dalle sentenze *Coname* e *Parking Brixen* si ricava che, in ipotesi di concessione di servizi, i principi comunitari, se, da un lato, non impongono la prefissazione di criteri di aggiudicazione e la prefissazione dell'*iter* selettivo, dall'altro lato vietano l'applicazione di norme nazionali che escludano la "gara" *a priori* e comunque vietano affidamenti di servizi senza una "gara minimale", che obbedisca ai principi di "trasparenza" e di "effettività".

Andrea Soncini*

²⁵ Si veda quanto detto *supra*, par. I.3.

²⁶ In tal senso pure S. MEZZACAPO, nel commento alla sentenza in esame dal titolo: *All'amministrazione il compito di valutare sul singolo caso l'opportunità della gara*, in *Guida al Diritto*, supplemento bimestrale *Diritto comunitario ed Internazionale*, n. 6 del 2005, Milano, Il Sole 24 Ore, p. 61: «occorre dunque far attenzione: la Corte non afferma che sempre e comunque la concessione di pubblico servizio va preceduta da gara pubblica, quanto piuttosto che la mancanza di gara, nel caso di specie alla sua attenzione, non è conforme al diritto comunitario. In altri termini spetta all'autorità pubblica (...) valutare caso per caso se, in ragione delle specificità della concessione di servizio pubblico di cui si tratta, siano o meno adeguate, ai fini del relativo affidamento, le modalità di gara».

²⁷ Ed infatti, al punto 51, la Corte richiama espressamente gli artt. 81 ss. del Trattato.

* Avvocato in Parma e Milano.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA PORTATA DELLA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI A DISTANZA DI NOLEGGIO DI AUTOVEICOLI CONCLUSI VIA INTERNET

Corte di giustizia

Sentenza del 10 marzo 2005 in causa n. C-336/03

EasyCar (UK) Ltd c. Office of Fair Trading

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, n. 97/7/Ce, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - Contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti - Nozione - Contratti di noleggio di autoveicoli - Ambito di applicazione - Deroga settoriale ai sensi dell'art. 3, n. 2 - Possibilità di qualificare il noleggio di autoveicoli come contratto di fornitura di servizi relativi ai trasporti.

L'art. 3, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, n. 97/7/Ce, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti» include i contratti aventi ad oggetto la fornitura di servizi di noleggio di autoveicoli¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ Tra la società inglese EasyCar e l'Office of Fair Trading è sorta una controversia in merito ai termini e alle condizioni dei contratti di noleggio di autoveicoli proposti e conclusi dalla società EasyCar.

La società EasyCar svolge un'attività di noleggio di autoveicoli senza autista. I clienti della società possono prenotare gli autoveicoli proposti in noleggio unicamente via *Internet*.

In base al contratto di autonoleggio, nel caso in cui lo stesso venga annullato, il consumatore non può ottenere il rimborso degli importi versati, salvo in caso di «circostanze straordinarie e imprevedibili indipendenti dalla [sua] volontà, quali (...): malattia grave del conducente che comporti l'incapacità di guida; calamità naturali (...); provvedimenti o restrizioni adottati da governi o da pubbliche autorità; guerra, sommossa, insurrezione o atti di terrorismo» oppure «a discrezione del nostro responsabile del servizio clienti in altre circostanze eccezionali».

Molti consumatori britannici, ritenendo che le condizioni sopra richiamate fossero contrarie alla normativa nazionale, in particolare ad una legge del 2000 sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza (che ha recepito la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, n. 97/7/Ce, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *Guce* n. L 144 del 1997, p. 19), si sono rivolti all'Office of Fair Trading.

Sia la EasyCar che l'Office of Fair Trading si sono rivolti al giudice inglese: la prima per ottenere un'esenzione dal diritto di recesso previsto dalla legge nazionale, il secondo per far inibire alla società EasyCar di continuare a violare la legge nazionale negando ai propri clienti il diritto di recesso, nonché il rimborso degli importi versati.

La High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia affinché chiarisse se nella nozione di contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva n. 97/7/Ce, fossero inclusi anche i contratti per la fornitura di servizi di autonoleggio. La società di autonoleggio, infatti, riteneva l'inapplicabilità della normativa sui contratti a distanza in quanto l'art. 6 della direttiva n. 97/7/Ce esclude il diritto di recesso: «(...) ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, quando all'atto della conclusione del contratto il fornitore si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito (...)».

Prima di tutto la Corte di giustizia osserva che i contratti conclusi con la EasyCar – solo via *web* – sono contratti di fornitura di servizi rientranti nella direttiva n. 97/7/CE sui contratti a distanza.

Sulla nozione di «contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti» la Corte di giustizia si è espressa nel senso che in essa si possono ricomprendere i contratti che disciplinano i servizi in materia di trasporti, comprendendovi anche quelle attività che non comportano il trasporto del cliente o dei suoi beni, ma che permette a quest'ultimo di realizzare tale trasporto.

L'interpretazione data dalla Corte (cfr. sentenze del 19 ottobre 1995 in causa n. C-128/94, *Hönig*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3389 e del 27 gennaio 2000 in causa n. C-164/98, *DIR International Film e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 447) ha tenuto in considerazione gli obiettivi primari della direttiva n. 97/7/Ce: da un lato, la tutela degli interessi dei consumatori che si avvalgono dei mezzi di comunicazione a distanza e, dall'altro lato, la tutela degli interessi dei fornitori di determinati servizi, affinché non subiscano i pregiudizi legati all'annullamento dei contratti di servizi prenotati via *Internet*.

Ne consegue che i contratti di autonoleggio forniti dalla EasyCar sono da qualificare «contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti» ai sensi dell'art. 3, n. 2 della direttiva. Tali contratti godono, pertanto, dell'esenzione settoriale prevista dalla normativa comunitaria con la conseguenza che i consumatori non possono ottenere i rimborsi nel caso di annullamento del contratto concluso in quanto non godono della garanzia del diritto di recesso prevista dalla direttiva n. 97/7/Ce. L'Avvocato Generale Stix-Hackl, nelle proprie conclusioni presentate in data 11 novembre 2004, ha precisato che: «poiché quindi ai fini della deroga settoriale non può assumere rilievo l'effettiva esecuzione del trasporto, non è sempre escluso che anche la messa a disposizione di mezzi di trasporto possa essere considerata come prestazione relativa ai "trasporti" e rientrare così nella deroga settoriale prevista dalla direttiva sui contratti a distanza»; tuttavia ha concluso nel senso opposto: «un semplice contratto per la fornitura di servizi di autonoleggio non configura un «contratto di fornitura di servizi relativi (...) ai trasporti» ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva n. 97/7/Ce sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza».

**LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA
N. 2001/23/CE SUI TRASFERIMENTI DI IMPRESE
CON RIFERIMENTO AI DIRITTI DEI LAVORATORI**

Corte di giustizia

Ordinanza del 26 maggio 2005 in causa n. C-297/03

Sozialhilfeverband Rohrbach c. Arbeiterkammer Oberösterreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 104, n. 3, del regolamento di procedura - Interpretazione della direttiva n. 2001/23/Ce - Trasferimento di imprese - Possibilità di far valere una direttiva nei confronti di un singolo - Opposizione di un lavoratore al trasferimento del suo contratto al cessionario.

Figura nel novero degli enti che possono vedersi opporre gli artt. 3, n. 1, e 1, n. 1, lett. c., prima frase, della direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, una società a responsabilità limitata di diritto privato il cui solo azionista è un consorzio intercomunale di assistenza sociale di diritto pubblico¹.

Un ente statale che cede il suo stabilimento non può far valere gli artt. 3, n. 1, e 1, n. 1, lett. c., della direttiva n. 2001/23/Ce contro un lavoratore al fine di imporgli la prosecuzione del suo rapporto di lavoro con un cessionario².

¹⁻² Tra il Consorzio intercomunale di assistenza sociale di diritto pubblico e la Camera regionale dei lavoratori, insieme al Sindacato rappresentante i lavoratori subordinati del settore pubblico sorgeva una controversia relativa al fatto se i contratti di lavoro dei lavoratori del Consorzio fossero stati trasferiti rispettivamente a due nuove società di utilità pubblica a responsabilità limitata. Per comprendere i fatti contestati si precisa che il Consorzio esercita funzioni di assistenza sociale conformemente alla normativa austriaca sull'assistenza sociale del 1998.

Le attività esercitate dal Consorzio non sono attività di carattere pubblico, ma di gestione privata; per motivi economici e organizzativi, il Consorzio ha adottato il piano di scindere due imprese trasferendo i propri stabilimenti a due società a responsabilità limitata. Le due società sono state iscritte nel registro delle imprese con il seguente oggetto sociale: «Gestione di laboratori per portatori di *handicap*» e «Giardinaggio e lavanderia». Delle società, entrambe società di utilità pubblica a responsabilità limitata, il Consorzio detiene l'intero capitale sociale. In forza dei contratti di conferimento conclusi, i due stabilimenti del Consorzio effettuavano i conferimenti in natura in tali due società. Il Consorzio ha, altresì, trasferito rispettivamente a queste ultime i diritti di disporre degli impianti interessati dallo smembramento. In base ai contratti di conferimento, le nuove società dovevano sostituirsi al Consorzio in tutti i rapporti giuridici in essere, per quanto riguarda le due imprese cedute, tra il Consorzio stesso e i terzi. Il Consorzio, inoltre, garantiva, in forza di un vero e proprio contratto a favore di terzi, che i diritti dei lavoratori trasferiti sarebbero continuati in futuro all'interno delle imprese subentranti.

Secondo l'Oberster Gerichtshof, l'organo giurisdizionale adito, i lavoratori hanno conte-

stato l'esistenza di un trasferimento dei loro contratti di lavoro alle società appena costituite, facendo valere altresì, che essi erano sempre contrattualmente vincolati al Consorzio.

Ed è proprio quest'ultimo che ha proposto una domanda fondata sull'interpretazione della normativa austriaca relativa all'organizzazione degli organi competenti in materia sociale e del lavoro e diretta a far dichiarare che la separazione dei laboratori da parte del Consorzio e la cessione alle società di nuova costituzione dei diritti di disporre di tali stabilimenti comportano il trasferimento a queste stesse società dei contratti di lavoro dei lavoratori sinora impiegati dal Consorzio stesso. Il Consorzio ha sostenuto l'applicabilità diretta della direttiva n. 2001/23/Ce (in *Guce* n. L 82 del 2001, p. 16), anche nei confronti dei lavoratori. Il giudice che ha rimesso gli atti alla Corte di giustizia ha sostenuto la qualità di ente statale del Consorzio contro il quale i singoli possono far valere disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva. A parere del giudice del rinvio potrebbero sussistere dubbi nei confronti delle società di diritto privato alle quali gli stabilimenti sono stati trasferiti (cfr. le sentenze del 19 gennaio 1982 in causa n. 8/81, *Becker*, in *Raccolta*, 1982, p. 53 e in questa *Rivista*, 1982, p. 499 con commento di F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, p. 506 e del 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 e in questa *Rivista*, 1989, p. 607).

Con riferimento alle società di diritto privato alle quali gli stabilimenti sono stati trasferiti, il giudice austriaco ha richiamato la sentenza *Faccini Dori* della Corte (sentenza del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325 e in questa *Rivista*, 1994, 361 con commento di F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, p. 367), ai sensi della quale una direttiva non può applicarsi direttamente ad una controversia tra singoli: ne deriva che le conseguenze del trasferimento di imprese previsto dalla direttiva non potrebbero allora avere effetto diretto. Il giudice del rinvio richiama, altresì, la sentenza *Collino e Chiappero* (sentenza del 14 settembre 2000 in causa n. C-343/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6659) dalla quale si evince che le società di diritto privato cessionarie nella causa principale debbono anch'esse essere qualificate statali.

La Corte di giustizia, alla luce delle motivazioni presentate dal Consorzio, sopra brevemente esposte, e in considerazione della propria costante giurisprudenza ha deciso, conformemente all'art. 104, n. 3 del proprio regolamento di procedura, di statuire con un'ordinanza motivata. Infatti, dalle sentenze del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723 e in questa *Rivista*, 1987, p. 87 con commento di F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, p. 98; *Fratelli Costanzo*, *cit.* e del 12 luglio 1990 in causa n. C-188/89, *Foster e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3313 e in questa *Rivista*, 1991, p. 373 con commento di M. G. BOCCIA, *Efficacia delle direttive nei confronti delle imprese pubbliche*, p. 377, si evince chiaramente come le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva possano essere invocate dagli amministratori nei confronti di organismi o di enti soggetti all'autorità o al controllo di un'autorità pubblica come i comuni. È pacifico che le disposizioni della direttiva n. 2001/23/Ce assolvono le condizioni per produrre un effetto diretto.

Ne consegue, nel caso di specie, che le disposizioni della direttiva possono essere invocate nei confronti di una società a responsabilità limitata di diritto privato il cui solo azionista è un consorzio intercomunale di assistenza sociale di diritto pubblico. Infine, la Corte conclude che l'ente statale non può far valere la direttiva n. 2001/23/Ce contro un lavoratore al fine di imporgli la prosecuzione del rapporto di lavoro con una o più imprese cessionarie. In proposito, la Corte richiama la sentenza *Arcaro* (sentenza del 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705 e ancora, sentenza del 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1281 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 579), nella quale è stato osservato che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che, pertanto, una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale contro lo stesso.

LO STATO DI RESIDENZA DEVE RICONOSCERE GLI ASSEGNI FAMILIARI AI LAVORATORI CHE SI SPOSTANO IN ALTRI PAESI COMUNITARI

Corte di giustizia

Sentenza del 7 luglio 2005 in causa n. C-153/03

Caisse nationale des prestations familiales c. Ursula Weide, coniugata Schwarz

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Prestazioni familiari - Regolamento Cee n. 1408/71 - Assegno per l'educazione - Sospensione del diritto alle prestazioni nello Stato di occupazione - Diritto a prestazioni di ugual natura nello Stato di residenza - Normativa tedesca e normativa lussemburghese a confronto.

L'art. 10, n. 1, lett. b., sub i., del regolamento Cee del Consiglio del 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento Cee n. 1408/71, 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 Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118/97, deve essere interpretato nel senso che l'esercizio, da parte del coniuge del beneficiario di una prestazione familiare in applicazione dell'art. 73 del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento n. 118/97, di un'attività lavorativa nello Stato membro di residenza dei figli sospende il diritto agli assegni previsti da quest'ultima disposizione fino a concorrenza dell'importo degli assegni per l'educazione previsto dalla legislazione dello Stato membro di residenza, e ciò chiunque sia il beneficiario diretto degli assegni familiari designato dalla normativa di questo Stato¹.

¹ La signora Weide lavorava in Lussemburgo, ma risiedeva con la famiglia in Germania. Dopo aver interrotto l'attività lavorativa per curare i propri figli, le autorità amministrative tedesche non le riconoscevano l'indennità di educazione, mentre quelle lussemburghesi le riconoscevano solamente la differenza tra l'indennità di educazione tedesca e l'assegno parentale lussemburghese, di importo superiore.

La questione pregiudiziale, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 76 del regolamento Cee n. 1408/1971, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118/97 (in *Guce* n. L 28/1997, p. 1), verte sull'individuazione dello Stato tenuto, ai sensi del regolamento Cee n. 1408/71 e del regolamento Cee n. 574/72, in via prioritaria a corrispondere alla signora Weide l'indennità di educazione.

Si precisa che l'art. 73 del regolamento n. 1408/71 prevede che il lavoratore sottoposto alla legislazione di uno Stato membro abbia diritto, per i membri della propria famiglia che risiedono in un altro Stato membro, alle prestazioni familiari previste dalla legislazione del primo Stato, come se essi risiedessero nel territorio di quest'ultimo.

L'art. 76, invece, contiene le «[r]egole di priorità in caso di cumulo dei diritti a prestazioni familiari a norma della legislazione dello Stato competente e della legislazione

dello Stato membro di residenza dei familiari». È la situazione nella quale «nel corso dello stesso periodo, per lo stesso familiare ed a motivo dell'esercizio di un'attività professionale, determinate prestazioni familiari sono previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio i familiari risiedono». La sua applicazione implica pertanto che talune prestazioni familiari siano dovute dallo Stato membro di residenza in ragione dell'esercizio di un'attività professionale da parte dell'interessato.

La controversia tra la signora Weide e l'istituzione lussemburghese competente, la Caisse nationale des prestations familiales (CNPf) ha riguardato la questione se la ricorrente avesse diritto al versamento integrale dell'indennità di educazione prevista dalla legge lussemburghese. La CNPF le ha riconosciuto solo la differenza tra l'indennità di educazione tedesca e l'assegno parentale lussemburghese, di importo superiore. La causa era già stata risolta nei due precedenti gradi di giudizio in Lussemburgo a favore della signora Weide. In entrambi i casi i giudici hanno ritenuto che il diritto della signora Weide trovasse il proprio fondamento negli artt. 13 e 73 del regolamento Cee n. 1408/71. La Cour de Cassation adita dal CNPF, sollevando dubbi in merito all'interpretazione dell'art. 76 del regolamento Cee n. 1408/71, ha sospeso il procedimento e si è rivolta alla Corte di giustizia.

Prima di tutto la Corte precisa che sia l'assegno per l'educazione previsto dalla legge tedesca in materia di assegno per l'educazione e congedo per l'educazione (cfr. sentenza del 10 ottobre 1996 in cause riunite n. C-245/94 e n. C-312/94, *Hoever e Zachow*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4895) sia l'assegno per l'educazione a norma della legge lussemburghese che presenta caratteristiche analoghe a quelle dell'assegno per l'educazione tedesco, possono essere considerati come «prestazioni familiari» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. h., del regolamento Cee n. 1408/71.

Nel caso di specie, alla signora Weide è riconosciuto sia il sussidio per l'educazione previsto dalla normativa lussemburghese, sia l'assegno per l'educazione previsto dalla normativa tedesca. Orbene, in un caso del genere, devono essere inevitabilmente prese in considerazione le norme anticumulo previste dall'art. 10 del regolamento Cee n. 574/72.

Quando una persona – che si prende cura dei propri figli (in particolare, il coniuge o il compagno di un lavoratore che beneficia, ai sensi della legislazione dello Stato membro di occupazione e di quella dello Stato membro di residenza, dei diritti a prestazioni familiari per lo stesso familiare e per lo stesso periodo) – esercita un'attività lavorativa nello Stato membro di residenza, le prestazioni familiari devono essere versate, ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. b., sub i., del regolamento Cee n. 574/72, da quest'ultimo Stato membro, quale che sia la persona che la legislazione di tale Stato indichi come beneficiario diretto delle prestazioni in oggetto. In tale ipotesi, il versamento delle prestazioni familiari da parte dello Stato membro di occupazione è sospeso fino a concorrenza dell'importo delle prestazioni familiari previsto dalla legislazione dello Stato membro di residenza.

Ne consegue che la Germania, quale Paese di residenza, è tenuta al pagamento delle prestazioni, mentre il Lussemburgo, in qualità di Stato ove la signora Weide svolge la propria attività lavorativa, interviene solamente per coprire l'eventuale differenza tra le prestazioni erogate dai due diversi ordinamenti nazionali.

LA CORTE DI GIUSTIZIA HA INFLITTO ALLA FRANCIA ELEVATE SANZIONI PER INOSSERVANZA DELLA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI PESCA

Corte di giustizia

Sentenza del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese

Artt. 226 CE ss. - Inadempimento di uno Stato - Pesca - Obblighi di controllo a carico degli Stati membri - Sentenza della Corte che accerta un

inadempimento - Omessa esecuzione della sentenza - Art. 228 CE - Pagamento di una somma forfetaria - Imposizione di una penalità - Omessa garanzia del rispetto delle misure tecniche di conservazione relative alle dimensioni minime dei pesci, in particolare dei naselli - Omessa rilevazione degli inadempimenti di cui le autorità nazionali hanno potuto accertare l'esistenza e il mancato perseguimento dei trasgressori - Inflizione di una sanzione pecuniaria e di una penalità di mora.

Non avendo garantito un controllo delle attività di pesca conforme agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie e non avendo garantito che le infrazioni alla disciplina delle attività di pesca fossero perseguite conformemente agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie, la Repubblica francese non ha adottato tutti i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza dell'11 giugno 1991 in causa n. C-64/88, Commissione c. Francia, comporta ed è pertanto venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE¹.

La Repubblica francese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità di EUR 57 761 250 per ciascun semestre a partire dalla pronuncia della presente sentenza al termine del quale alla citata sentenza dell'11 giugno 1991, Commissione c. Francia, non sia stata ancora data piena esecuzione².

La Repubblica francese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una somma forfetaria di EUR 20 000 000³.

¹⁻³ La sentenza sopra massimata è scaturita da una procedura per inadempimento agli obblighi derivanti da un precedente giudicato. Come è noto, agli artt. 226 CE e ss. viene disciplinata la procedura di infrazione nei confronti degli Stati. Tali disposizioni contemplano l'obbligo degli Stati membri di adottare le misure necessarie per conformarsi ad una sentenza della Corte emessa ai sensi dell'art. 226 CE che abbia dichiarato che uno Stato membro è venuto meno agli obblighi impostigli dal Trattato. Tali misure devono essere adottate tempestivamente ed essere idonee ad eliminare la situazione illecita accertata dalla Corte. Qualora uno Stato membro non adempia all'obbligo fondamentale contemplato all'art. 228, n. 1, CE, è previsto al 2° comma della medesima disposizione che la Commissione possa avviare un procedimento per la mancata attuazione di una sentenza pronunciata dalla Corte ai sensi dell'art. 226 CE. Qualora, al termine della fase precontenziosa, la Commissione reputi che lo Stato membro non abbia ancora posto rimedio alla situazione, essa può adire la Corte e indicare la sanzione in misura adeguata alla mancata esecuzione della sentenza della Corte da parte dello Stato membro. Infine, la Corte, qualora ritenga di dover accogliere il ricorso della Commissione, può irrogare una sanzione ai sensi dell'art. 228, n. 2, CE.

Nel settore della pesca, come peraltro anche in altri settori, sussiste a carico degli Stati membri l'obbligo di vegliare a che le infrazioni alla normativa comunitaria formino oggetto di sanzioni a carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo. Infatti, se le autorità competenti di uno Stato membro si astenessero sistematicamente dal perseguire i responsabili di tali infrazioni, ne risulterebbero pregiudicate sia la conservazione e la gestione delle risorse della pesca, sia l'applicazione uniforme della politica comune della pesca (nel caso di specie: con riferimento al mancato rispetto del regime dei contingenti per le campagne di pesca negli anni 1991 e 1992, cfr. sentenza del 7 dicembre 1995 in causa n. C-52/95, Commissione c. Francia, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4443). La Repubblica francese è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228, n. 1, CE, non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alla sentenza della Corte dell'11 giugno

1991 in causa n. C-64/88, *Commissione c. Francia* (in *Raccolta*, 1991, I, p. 2727).

La Corte di giustizia, dopo aver constatato la sussistenza dell'infrazione contestata a carico della Repubblica francese, si è soffermata sulle sanzioni pecuniarie previste per gli inadempimenti degli Stati membri. Infatti, la particolarità della sentenza in esame consiste nel fatto che per la prima volta è stata valutata dalla Corte di giustizia la possibilità di cumulo di una penalità e di una somma forfetaria, in quanto fino ad oggi essa aveva applicato, in via alternativa, o la somma forfetaria o la penalità contemplate all'art. 228 CE.

In particolare, sulla possibilità di cumulo di una penalità e di una somma forfetaria, la Corte precisa innanzitutto che, per la loro stessa natura, la somma forfetaria e la penalità perseguono scopi diversi. Benché costituiscano entrambe una reazione all'inadempimento degli obblighi imposti dal Trattato da parte di uno Stato membro, la prima ha un effetto dissuasivo, mentre la seconda produce un effetto persuasivo, nel senso di esercitare una pressione sufficiente ad indurre lo Stato membro ad ottemperare a quanto richiesto.

Sulla differenza tra i due tipi di sanzioni la Corte di giustizia osserva come l'applicazione dell'una o dell'altra di queste due misure dipenda dall'idoneità di ciascuna a conseguire l'obiettivo perseguito in relazione alle circostanze del caso di specie. Anche se l'imposizione di una penalità sembra particolarmente adeguata a spingere uno Stato membro a porre fine, nei termini più brevi, ad un inadempimento che, in mancanza di una misura del genere, avrebbe tendenza a persistere, l'imposizione di una somma forfetaria si basa in particolare modo sulla valutazione delle conseguenze della mancata esecuzione degli obblighi dello Stato membro interessato sugli interessi privati e pubblici, in particolare qualora l'inadempimento sia persistito per un lungo periodo dopo la sentenza che lo ha inizialmente accertato (un'importante differenza tra questi due tipi di sanzione consiste nel fatto che la somma forfetaria è una sanzione incondizionata, mentre la penalità ha natura condizionata, così precisa l'Avvocato Generale Geelhoed nelle proprie conclusioni presentate in data 18 novembre 2004).

Il procedimento previsto all'art. 228, n. 2, CE ha lo scopo di spingere uno Stato membro inadempiente a eseguire una sentenza emessa nei suoi confronti garantendo con ciò l'applicazione effettiva del diritto comunitario. Le misure previste da tale disposizione, e cioè la somma forfetaria e la penalità, mirano entrambe a questo stesso obiettivo. L'applicazione dell'una o dell'altra dipende dall'idoneità di ciascuna a conseguire l'obiettivo perseguito in relazione alle circostanze del caso di specie. A parere della Corte, non è escluso il ricorso congiunto ai due tipi di sanzioni previste dall'art. 228, n. 2, CE in particolare qualora l'inadempimento, nel contempo, sia perdurato a lungo e tenda a persistere. Inoltre, proprio alla luce delle finalità perseguite dall'art. 228 CE, l'utilizzazione della congiunzione «o» al comma 2 della medesima disposizione deve essere intesa in senso cumulativo.

Secondo la Corte, inoltre, il fatto che un cumulo di misure non sia stato inflitto in cause decise in precedenza non può costituire, di per sé, un ostacolo all'imposizione di un siffatto cumulo in una causa successiva, qualora, alla luce della natura, della gravità e della persistenza dell'inadempimento accertato, un cumulo del genere appaia adeguato.

Ne consegue che, nel caso di specie, in considerazione del fatto che l'inadempimento è persistito per un lungo periodo a partire dalla sentenza che lo ha inizialmente accertato e alla luce degli interessi pubblici e privati in questione, la Corte – avendo dunque il potere discrezionale di decidere le sanzioni pecuniarie adeguate che possono essere imposte – ha condannato la Repubblica francese al pagamento tanto di una somma forfetaria, quanto di una penalità (inflitta su base semestrale).

RICONOSCIMENTO DEI DIPLOMI DI ERGOTERAPEUTA E DI INGEGNERE MECCANICO

I

Corte di giustizia

Sentenza del 14 luglio 2005 in causa n. C-141/04

Michail Peros c. Techniko Epimelitirio Ellados

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 89/48/Cee - Lavoratori - Riconoscimento di diplomi - Ingegnere meccanico - Mancanza di misure di trasposizione entro il termine previsto.

In mancanza di misure di trasposizione adottate entro il termine prescritto dall'art. 12 della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, nella versione vigente fino al 31 luglio 2001, un cittadino di uno Stato membro può fondarsi sull'art. 3, 1° comma, lett. a., di tale direttiva per ottenere, nello Stato membro ospitante, l'abilitazione ad esercitare una professione regolamentata quale quella di ingegnere meccanico¹.

Tale possibilità non può essere subordinata all'omologazione dei titoli dell'interessato da parte delle autorità nazionali competenti².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 14 luglio 2005 in causa n. C-142/04

Maria Aslanidou c. Ypourgos Ygeias & Pronoias

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 92/51/Cee - Lavoratori - Riconoscimento di diplomi - Ergoterapeuta - Mancanza di misure di trasposizione entro il termine previsto.

In mancanza di misure di trasposizione adottate entro il termine prescritto dall'art. 17 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 92/51/Cee, relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che integra la direttiva n. 89/48/Cee, un cittadino di uno Stato membro può fondarsi sull'art. 3, primo comma, lett. a., di tale direttiva per ottenere, nello Stato membro ospitante, l'abilitazione ad esercitare una professione regolamentata quale quella di ergoterapeuta³.

Tale possibilità non può essere subordinata all'omologazione dei titoli dell'interessato da parte delle autorità nazionali competenti⁴.

Le misure compensative di cui all'art. 4, n. 1, della direttiva n. 92/51/Cee possono essere imposte all'interessato solo nel caso in cui esse siano previste dalla normativa nazionale vigente al momento del trattamento della richiesta in questione⁵.

¹⁻⁵ Le controversie dalle quali sono scaturite le sentenze sopra massimate sono molto simili tra loro e concernono la questione dell'abilitazione ad una professione regolamentata.

Nella causa n. C-142/04 alla signora Aslanidou, in possesso dell'abilitazione all'esercizio della professione di ergoterapeuta in Germania, è stata negata dal Ministero ellenico della salute e della previdenza sociale l'abilitazione all'esercizio della medesima profes-

sione in Grecia.

Nella causa n. C-141/04 l'Ordine nazionale degli ingegneri ha rigettato la richiesta di iscrizione all'albo degli ingegneri in Grecia nonostante che l'interessato avesse presentato la propria richiesta sulla base dell'abilitazione ad esercitare la stessa professione in Germania.

La questione pregiudiziale nella causa n. C-142/04 ha riguardato l'interpretazione della direttiva n. 92/51/Cee relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che integra la direttiva n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 209 del 1992, p. 25), mentre nella causa n. C-141/04 la direttiva n. 89/48/Cee relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (in *Guce* n. L 19 del 1989, p. 16) è stata oggetto di interpretazione.

Nella causa n. C-141/04 il Consiglio di Stato greco ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi al fine di chiarire se le disposizioni della direttiva n. 89/48/Cee, vigenti all'epoca della vicenda in esame, fossero incondizionate e sufficientemente precise, di modo che, nel periodo intercorso tra la scadenza del termine di trasposizione della direttiva e la sua trasposizione tardiva nell'ordinamento giuridico interno dello Stato membro ospitante, esse potessero essere invocate dinanzi all'organo amministrativo di quest'ultimo Stato.

Si precisa che la Grecia non ha recepito la direttiva n. 89/48/Cee nell'ordinamento giuridico ellenico alla scadenza del termine per la trasposizione (v., in tal senso, sentenza del 23 marzo 1995 in causa n. C-365/93, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 499 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 669).

È pacifico che ai sensi della direttiva n. 89/48/Cee l'autorità competente di uno Stato membro non può rifiutare ad un cittadino di un altro Stato membro, per mancanza di qualifiche, l'accesso a una professione regolamentata o il suo esercizio alle stesse condizioni che vengono applicate ai propri cittadini se il richiedente possiede il diploma che è prescritto in un altro Stato membro per l'accesso a questa stessa professione o per il suo esercizio sul suo territorio anche se tale diploma è stato ottenuto in un altro Stato membro.

Nella fattispecie della seconda causa il signor Peros è titolare di un diploma ottenuto in Germania che gli permette di esercitare la professione di ingegnere meccanico in tale Stato membro.

La Corte precisa che, in assenza di trasposizione nel proprio ordinamento giuridico nazionale, uno Stato membro potrebbe imporre misure compensative, quali quelle previste dall'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/48/Cee, solo ove esse siano previste dalla normativa nazionale vigente al momento del trattamento della richiesta in questione (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, 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempimenti*, p. 91 nonché del 14 luglio 2005 in causa n. C-142/04, *Aslanidou*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). Inoltre, quando trovano applicazione le direttive n. 89/48/Cee e n. 92/51/Cee, un ente pubblico di uno Stato membro non può più richiedere l'omologazione dei titoli presentati da un interessato da parte delle autorità nazionali competenti (cfr. sentenza dell'8 luglio 1999 in causa n. C-234/97, *Fernández de Bobadilla*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4773 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 107).

Uno Stato membro non può opporre ad un singolo la mancata adozione delle disposizioni destinate a facilitare l'applicazione di un regime stabilito dalla direttiva in questione (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 10 settembre 2002 in causa n. C-141/00, *Kügler*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6833 e del 6 novembre 2003 in causa n. C-45/01, *Dornier*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12911). La mancata designazione di un'autorità competente abilitata a ricevere le richieste non osta quindi a che l'art. 3, 1° comma, lett. a., di tale direttiva sia invocato nei confronti dell'autorità di fatto competente a regolamentare l'accesso ad una determinata professione in forza della normativa nazionale applicabile.

Nel caso di specie, tenuto conto che l'accesso alla professione di ingegnere è riservato ai membri dell'ordine degli ingegneri, e che tale organismo è legittimato ai sensi dell'art. 3, 1° comma, lett. a., della direttiva n. 89/48/Cee, non può essere rifiutato ad un soggetto che si trova nella medesima posizione del signor Peros l'accesso alla professione di ingegnere basandosi solamente sulla mancanza di qualifiche.

Ad analoga conclusione è pervenuta la Corte di giustizia nella causa n. C-142/04: il Ministero della salute è da considerare un'autorità competente ai sensi dell'art. 3, 1° comma,

lett. a., della direttiva n. 92/51/Cee, essendo l'esercizio della professione di ergoterapeuta subordinato, in forza della normativa nazionale, a un'abilitazione rilasciata da tale Ministero. Ne consegue che il Ministero della salute non può rifiutare alla ricorrente della causa principale l'accesso alla professione di ergoterapeuta basandosi su una mancanza di qualifiche, con l'unica riserva di un'eventuale applicazione di misure compensative.

**L'INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE NON PUÒ ESSERE
SUBORDINATA AL COMPLETAMENTO DI STUDI SECONDARI
NELLO STESSO STATO MEMBRO IN CUI L'INDENNITÀ DEVE
ESSERE CORRISPOSTA**

Corte di giustizia

Sentenza del 15 settembre 2005 in causa n. C-258/04

Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libertà di circolazione e libertà di soggiorno - Persone in cerca di occupazione - Cittadinanza europea - Divieto di discriminazione - Art. 39 CE - Indennità di disoccupazione a favore di giovani in cerca di prima occupazione - Concessione subordinata al completamento di studi secondari nello Stato membro interessato - Contrasto.

L'art. 39 CE si oppone a che uno Stato membro rifiuti il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile ad un cittadino di un altro Stato membro alla ricerca di una prima occupazione che non è, in qualità di figlio, a carico di un lavoratore migrante residente nel primo Stato, per il solo motivo che l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro Stato membro¹.

¹ La normativa belga concernente la regolamentazione della disoccupazione prevede la concessione di sussidi speciali, denominati «indennità di disoccupazione giovanile» («allocations d'attente»), a favore di giovani di età inferiore ai 30 anni che sono in cerca di prima occupazione o che hanno esercitato un'attività salariata per un periodo non sufficiente ad avere diritto all'indennità di disoccupazione.

Al signor Ioannidis, cittadino greco, è stata negata tale indennità per il fatto che egli non aveva terminato gli studi secondari in un istituto scolastico organizzato, sovvenzionato o riconosciuto da una delle tre comunità del Belgio. Lo stesso non era in possesso di un diploma o certificato di studi relativo a tale formazione, pur essendo in possesso di un titolo greco omologato (e non risultava essere figlio a carico di lavoratori migranti).

Il signor Ioannidis dopo aver terminato i propri studi in Grecia, si stabiliva in Belgio e il titolo di studi rilasciato all'interessato è stato riconosciuto equivalente al certificato omologato di insegnamento secondario superiore che dà accesso in Belgio all'insegnamento superiore di tipo breve. Successivamente l'interessato, dopo aver ottenuto il diploma di specializzazione in kinesiterapia, si iscriveva presso l'Ufficio comunitario e regionale della formazione professionale e del lavoro come persona in cerca di occupazione. Egli seguiva, altresì, in Francia una formazione specialistica retribuita in rieducazione vestibolare. Rientrato in Belgio, chiedeva all'ufficio nazionale del lavoro una domanda di

indennità di disoccupazione giovanile che gli veniva negata per non avere terminato gli studi secondari in un istituto di insegnamento organizzato, sovvenzionato o riconosciuto da una delle tre comunità del Belgio, così come richiesto dalla normativa nazionale di riferimento.

La Cour du travail di Liegi, adita in secondo grado dall' Ufficio nazionale del lavoro, volendo chiarire l'esistenza di un'eventuale discriminazione indiretta nei confronti dell'interessato, ha sospeso il procedimento e si è rivolta alla Corte di giustizia la quale ha accertato l'esistenza di un contrasto tra la normativa comunitaria e quella belga.

La Corte prima di tutto precisa che i cittadini di uno Stato membro alla ricerca di un'occupazione in un altro Stato membro rientrano nel campo di applicazione dell'art. 39 CE e, pertanto, beneficiano del diritto alla parità di trattamento previsto dalla stessa disposizione. Non si può escludere, pertanto, dall'ambito di applicazione dell'art. 39 CE una prestazione di natura finanziaria destinata a facilitare l'accesso all'occupazione sul mercato del lavoro di uno Stato membro (sulla qualificazione dell'indennità di disoccupazione giovanile come prestazione sociale, cfr. 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; cfr., inoltre, sentenza del 23 marzo 2004 in causa n. C-138/02, *Collins*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2703 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 536). Ne consegue, perciò, che il signor Ioannidis può invocare l'art. 39 CE per evitare una discriminazione basata sulla cittadinanza con riferimento alla concessione dell'indennità di disoccupazione giovanile (cfr. sentenze del 12 febbraio 1974 in causa n. 152/73, *Sotgiu*, in *Raccolta*, 1974, p. 153 e del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03, *Bidar*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2119, e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 283).

A parere della Corte, la normativa belga introduce una disparità di trattamento tra i cittadini che hanno terminato i loro studi di ciclo secondario in Belgio e quelli che li hanno completati in un altro Stato membro, in quanto solo i primi hanno diritto all'indennità di disoccupazione giovanile e tale disparità di trattamento può essere giustificata solamente su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale (cfr. sentenza del 23 maggio 1996 in causa n. C-237/94, *O'Flynn*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2617).

Nel caso di specie, il solo fatto che i genitori del signor Ioannidis non siano lavoratori migranti residenti in Belgio non può spiegare il rifiuto dell'indennità richiesta in quanto questa non può essere giustificata con l'intento di assicurarsi un nesso reale tra chi chiede l'indennità e il mercato geografico del lavoro. Infatti, l'interessato, dopo un ciclo di studi secondari terminato in uno Stato membro e dopo gli studi superiori effettuati in un altro Stato membro con ottenimento di un diploma, potrebbe giustificare un nesso reale con il mercato del lavoro di tale ultimo Stato anche se non è a carico di lavoratori migranti residenti in tale Stato. Ne consegue l'esistenza di un contrasto tra la legislazione belga e la normativa comunitaria.

LA CORTE INTERPRETA LA CONVENZIONE DI BRUXELLES E CHIARISCE CHE LA SENTENZA PUÒ ESSERE ESEGUITA SOLAMENTE NEL RISPETTO DELLA NORMATIVA SULLE NOTIFICHE

Corte di giustizia

Sentenza del 13 ottobre 2005 in causa n. C-522/03

Scania Finance France SA c. Rockinger Spezialfabrik für Anhängerkupplungen GmbH & Co.

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione dell'art. 27, n. 2, della Convenzione di Bruxelles - Riconoscimento ed esecuzione delle de-

cisioni - Riconoscimento di una decisione pronunciata nei confronti di un convenuto contumace - Notificazione dell'atto introduttivo del procedimento - Applicazione della legge dello Stato di origine - Notificazione ai sensi della legge del giudice dello Stato di origine - Motivi di diniego - Nozione di regolare notificazione o comunicazione - Rispetto del giusto processo.

(...) Considerato che il sistema istituito dalla Convenzione di Bruxelles prevede che il giudice dello Stato di origine ed il giudice dello Stato richiesto controllino entrambi la regolarità della notificazione della domanda giudiziale, l'economia di tale sistema impone che tale controllo abbia luogo, nella misura del possibile, nell'ambito dello stesso ordinamento giuridico. Laddove non si sia fatto ricorso alla possibilità offerta dall'art. 4, secondo comma, del protocollo e la Convenzione dell'Aja sia applicabile nella specie, nei rapporti tra lo Stato d'origine e lo Stato richiesto, tanto il giudice dello Stato d'origine quanto il giudice dello Stato richiesto dovranno verificare la regolarità della notificazione della domanda giudiziale unicamente sulla base delle disposizioni dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja, al quale fa rinvio l'art. 20, terzo comma, della Convenzione di Bruxelles¹.

L'art. 27, n. 2, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nel testo 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, nonché dalla Convenzione del 29 novembre 1996 relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, nonché l'art. IV, 1° comma, del protocollo allegato alla Convenzione medesima devono essere interpretati nel senso che, nel caso in cui in materia sia applicabile una Convenzione internazionale conclusa tra lo Stato di origine e lo Stato richiesto, la regolarità della notificazione della domanda giudiziale ad un convenuto contumace dev'essere valutata sulla base delle disposizioni di tale Convenzione, fatto salvo il ricorso alle modalità di trasmissione mediante invio diretto tra pubblici ufficiali, in assenza di opposizione ufficiale dello Stato richiesto, ai sensi dell'art. IV, 2° comma, del protocollo².

¹⁻² Il problema evidenziato nella sentenza sopra massimata concerne la rilevanza della regolarità delle notifiche nella fase di esecuzione delle sentenze.

L'art. 27, n. 2 della Convenzione di Bruxelles, sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, prevede che le decisioni pronunciate in uno Stato contraente non siano riconosciute negli altri Stati contraenti «se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al con-

venuto contumace regolarmente ed in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese». L'art. IV del protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles prevede, inoltre, che: «gli atti giudiziari ed extragiudiziari, formati in uno Stato contraente e che devono essere comunicati o notificati a persone residenti in un altro Stato contraente, sono trasmessi secondo le modalità previste dalle convenzioni o dagli accordi conclusi tra gli Stati contraenti».

La domanda pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra una società francese, la Scania, e una società tedesca, la Rockinger, relativamente all'esecuzione in Germania di una sentenza pronunciata dalla Cour d'appel d'Amiens in base alla quale la Rockinger era stata condannata a pagare alla controparte una somma di denaro. La Rockinger veniva citata in giudizio davanti alla Cour d'appel d'Amiens mediante notifica consegnata alla procura della Repubblica; successivamente, la Rockinger rifiutava l'atto perché non era tradotto in lingua tedesca. Lo stesso atto ugualmente veniva notificato a mezzo posta, sempre senza la traduzione in lingua tedesca. La società convenuta, rimasta contumace, veniva così condannata dalla Cour d'appel d'Amiens alla quale la Scania chiedeva poi l'*exequatur* della sentenza pronunciata. L'opposizione all'esecuzione della sentenza in Germania (dinanzi all'Oberlandesgericht München) da parte della società tedesca si è basata sul fatto che il procedimento dinanzi ai giudici francesi si era svolto in contumacia perché non erano state rispettate le norme sulla notificazione degli atti giudiziari.

L'organo giurisdizionale francese si è così rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la regolarità della notifica della domanda giudiziale ad un soggetto/convenuto contumace debba essere valutata unicamente con riguardo alle disposizioni della Convenzione di Bruxelles, ovvero se possa essere valutata anche sulla base della normativa nazionale vigente in uno Stato membro, nell'ipotesi in cui l'applicazione di tale normativa non sia esclusa dalla Convenzione stessa.

La Corte precisa innanzitutto che lo scopo della Convenzione è quello di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e tale obiettivo non può essere raggiunto indebolendo il diritto di difesa (sentenza dell'11 giugno 1985 in causa n. 49/84, *Debaecker e Plouvier*, in *Raccolta*, 1985, p. 1779; del 3 luglio 1990 in causa n. C-305/88, *Lancray*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2725 e del 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1935). Un provvedimento non può essere eseguito ai sensi della Convenzione qualora il convenuto non abbia avuto la possibilità di difendersi dinanzi al giudice d'origine (cfr. sentenza del 16 giugno 1981 in causa n. 166/80, *Kloms*, in *Raccolta*, 1981, p. 1593: «anche quando un giudice dello Stato di origine ha deciso, in esito ad un procedimento contraddittorio separato, che la notifica o comunicazione era regolare, l'art. 27, 2° comma, della Convenzione esige che il giudice richiesto esamini, (...), la questione se tale notifica o comunicazione sia stata effettuata in tempo utile perché il convenuto potesse presentare le proprie difese»).

In sostanza, le decisioni pronunciate in un altro Stato contraente non vengono riconosciute qualora la domanda giudiziale non sia stata notificata o comunicata al convenuto contumace regolarmente e in tempo utile.

La Corte di giustizia osserva che sia la Francia che la Germania sono entrambe parti contraenti della Convenzione dell'Aja e che la notificazione deve essere, pertanto, effettuata secondo quanto stabilito da tale Convenzione. È compito del giudice nazionale verificare se, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni giudiziarie pronunciate nello Stato di origine, le disposizioni dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja siano state rispettate nel procedimento dinanzi al giudice dello Stato di origine con riguardo alla notificazione della domanda giudiziale al convenuto.

La Corte di giustizia osserva che l'art. 27, n. 2, della Convenzione è volto alla tutela del diritto della difesa dal momento che impone, nei casi in cui una decisione giudiziale sia stata resa in contumacia, l'accertamento che il convenuto abbia avuto la possibilità di difendersi nello Stato di origine della decisione; che il giudice adito abbia constatato il rispetto di due condizioni: in primo luogo, che il convenuto abbia ricevuto «regolare» notificazione e, in secondo luogo, che la notificazione sia avvenuta in tempo utile perché il convenuto potesse presentare le proprie difese (in questo senso, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed presentate in data 17 marzo 2005). Ne consegue che, nel caso di specie, l'equo pro-

cesso nel Paese d'origine può essere garantito solamente nel pieno rispetto della Convenzione dell'Aja in ordine alla regolare modalità della notifica degli atti giudiziari.

LA VENDITA DI GOMME DA MASTICARE NON CONFEZIONATE, TRAMITE DISTRIBUTORI AUTOMATICI, PUÒ ESSERE VIETATA IN AUSTRIA

Corte di giustizia

Sentenza del 24 novembre 2005 in causa n. C-366/04

Georg Schwarz c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione degli artt. 28 CE e 30 CE - Libera circolazione delle merci - Restrizioni quantitative - Misure d'effetto equivalente - Interpretazione dell'art. 7 della direttiva n. 93/43/Cee - Igiene dei prodotti alimentari - Disposizione nazionale che vieta la vendita di dolciumi a base di zucchero privi di confezione in distributori automatici - Igiene dei prodotti alimentari.

Le disposizioni degli artt. 28 CE, 30 CE e l'art. 7 della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/43/Cee, sull'igiene dei prodotti alimentari, non ostano ad una disposizione nazionale anteriore a tale direttiva che vieta di mettere in vendita, in distributori automatici, dolciumi contenenti zucchero naturale o prodotti surrogati dello zucchero privi di confezione¹.

(...) una normativa nazionale che ostacola la libera circolazione delle merci non è necessariamente in contrasto con il diritto comunitario qualora possa essere giustificata da una delle ragioni d'interesse generale elencate nell'art. 30 CE, o da una delle esigenze imperative sancite dalla giurisprudenza della Corte se la normativa nazionale è indistintamente applicabile (v., in questo senso, le sentenze del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, Rewe-Zentral, detta «Cassis de Dijon», in Raccolta, 1979, p. 649, punto 8 e del 5 febbraio 2004 in causa n. C-270/02, Commissione c. Italia, in Raccolta, 2004, I, p. 1559, punto 21)².

¹⁻² Nella causa dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata, il Tribunale amministrativo di Salisburgo ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 28 e 30 CE e della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/43/Cee sull'igiene dei prodotti alimentari (in *Guce* n. 175 del 1993, p. 1) in una controversia concernente l'immissione in commercio in Austria di vari tipi di gomma da masticare, venduti senza involucri, sia in Germania sia in Italia.

La normativa comunitaria presa in considerazione dai giudici comunitari ha riguardato gli artt. 28 e 30 CE. Il primo vieta le restrizioni quantitative all'importazione nonché tutte le misure d'effetto equivalente tra gli Stati membri, mentre l'art. 30 CE lascia im-

pregiudicati i divieti e le restrizioni all'importazione giustificati, tra l'altro, da motivi di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, purché tali divieti e restrizioni non costituiscano un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. Un richiamo è stato fatto dalla Corte anche all'art. 7 della direttiva n. 93/43/Cee ai sensi del quale: «Nel rispetto del trattato, gli Stati membri possono mantenere, modificare o introdurre disposizioni nazionali in materia di igiene dei prodotti alimentari più specifiche di quelle previste dalla presente direttiva, a condizione che: non siano meno rigorose di quelle riportate nell'allegato (l'allegato della direttiva elenca, nella parte III, i requisiti applicabili, in particolare, ai locali di vendita mobili e/o temporanei nonché ai distributori automatici); e non costituiscano una restrizione, un ostacolo o una barriera agli scambi di prodotti alimentari conformemente alla presente direttiva».

La direttiva n. 93/43/Cee è stata recepita nel diritto austriaco mediante il regolamento sull'igiene dei prodotti alimentari del 3 febbraio 1998. In esso è chiaramente precisato che i dolciumi contenenti zucchero o surrogati dello zucchero privi di confezione non possono essere messi in commercio nei distributori automatici senza la propria confezione.

Il sindaco di Salisburgo ha avviato un procedimento a carico del signor Schwarz per aver questi immesso in commercio dolciumi a base di zucchero privi della confezione nei distributori automatici. Nelle proprie difese il signor Schwarz ha sostenuto che il regolamento sull'igiene dei dolciumi è incompatibile con il diritto comunitario, in particolar modo con le disposizioni della direttiva n. 93/43/Cee.

La Corte di giustizia, chiamata quindi a pronunciarsi, ha prima di tutto precisato che il requisito del confezionamento dei prodotti alimentari distribuiti mediante apparecchi automatici non costituisce oggetto di armonizzazione comunitaria e che, pertanto, tale aspetto deve essere valutato alla luce degli artt. 28 e 30 CE (sulle misure idonee ad ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari cfr. le sentenze dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837; del 12 marzo 1987 in causa n. 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1987, p. 1227 e in questa *Rivista*, 1987, 725 con commento di F. CAPELLI, *Libertà di circolazione delle merci nella Cee e legge tedesca di purezza della birra*, p. 736; del 23 settembre 2003 in causa n. C-192/01, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9693 e del 5 febbraio 2004 in causa n. C-270/02, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1559).

In considerazione di quanto statuito dal regolamento austriaco sull'igiene dei dolciumi, gli importatori che vogliono mettere in commercio in Austria i prodotti in questione devono confezionarli rendendo così più onerosa tale importazione.

Tuttavia, nel caso di specie, la restrizione operata dalla normativa austriaca è giustificata ex art. 30 CE da motivi di interesse generale, in particolare trova la propria giustificazione nell'esigenza di tutelare la salute: l'agenzia austriaca per la salute e la sicurezza alimentare ha constatato, infatti, che il divieto di cui all'art. 2 del regolamento sull'igiene dei dolciumi costituisce una misura adeguata e proporzionata per tutelare la salute essendo possibile la contaminazione dei prodotti da parte di agenti patogeni (sull'immissione dei prodotti alimentari sul mercato, cfr. le sentenze del 14 luglio 1983 in causa n. 174/82, *Sandoz*, in *Raccolta*, 1983, p. 2445 e in questa *Rivista*, 1984, p. 449; 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; del 25 maggio 1993 in causa n. C-271/92, *LPO*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2899 e del 2 dicembre 2004 in causa n. C-41/02, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11375).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL TRIBUNALE DI ROMA CONDANNA L'AGENZIA PER LE EROGAZIONI IN AGRICOLTURA (AGEA) AL PAGAMENTO DI AIUTI COMUNITARI SULLA SOIA

**Tribunale civile di Roma, sezione seconda
Sentenza del 25 ottobre 2005 - 31 ottobre 2005 n. 23238***

Azienda Agricola Castello S.a.s. di Bellio A. e L. c. Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA) e Ministero delle Politiche Agricole e Forestali

Aiuti concessi dagli Stati - Artt. 87 e 88 CE - Politica Agricola Comune (PAC) - Qualificazione come aiuto di Stato - Presupposti - Compatibilità con il mercato comune - Regolamento Cee n. 1491/85 del Consiglio del 23 maggio 1985 - Aiuto comunitario alla produzione di semi di soia - Principio di proporzionalità - Art. 29 bis del regolamento Cee n. 2537/89 - Sanzioni - Diritto di ricevere i benefici per la campagna 1992/1993 - Sussistenza.

Neppure è ostativa all'accoglimento della domanda la circostanza che la società attrice non ha impugnato dinanzi al TAR competente il provvedimento di annullamento; infatti, l'attività delle autorità nazionali nell'erogazione degli aiuti ai produttori di soia è vincolata al rispetto da parte dei produttori stessi di tutte le condizioni stabilite dalle disposizioni comunitarie senza che

* In argomento v. *infra*, p. 724 ss., la nota di ENRICA ADOBATI.

residui alcun potere discrezionale in capo ai singoli Stati membri sia in ordine all'an che al quantum. Gli agricoltori comunitari sono, quindi, titolari di un diritto soggettivo all'aiuto a fronte del quale anche l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 29 bis del regolamento comunitario n. 2537/89, come modificato dal regolamento n. 150/90, è subordinata esclusivamente in presenza di comportamenti dolosi o caratterizzati da grave negligenza; ne consegue che i produttori possono far valere tale diritto dinanzi al giudice ordinario al fine di verificare la legittimità o meno del proprio operato.

Difettando nel caso in esame i presupposti per l'applicazione della sanzione dell'annullamento del contratto, l'Azienda ha diritto a ricevere i benefici per la campagna 1992/93 avendo prodotto tempestivamente i documenti necessari ad ottenere i contributi.

(Omissis) In diritto

La domanda attrice è fondata e merita, quindi, accoglimento.

Ed invero, il regolamento Cee 1491/85 (oggi non più in vigore) aveva previsto un sistema di aiuto alla produzione dei semi di soia a favore degli operatori agricoli comunitari, mediante il versamento agli agricoltori di un'integrazione tra il prezzo praticato sul mercato mondiale ed il c.d. «prezzo obiettivo» fissato dalla Comunità europea; le norme di attuazione erano contenute nel regolamento Cee n. 2537/89 e successive modifiche ed il regime sanzionatorio era previsto dall'art. 29 bis di detto regolamento, come modificato dal regolamento n. 150/90. Tali sanzioni sono applicabili dall'autorità nazionale esclusivamente nel caso in cui il produttore abbia agito con dolo o negligenza grave e deve essere proporzionata [*rectius*: devono essere proporzionate *n.d.r.*] all'inadempimento come sancito dalla sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 1995 nel procedimento n. C-104/94, quest'ultima ha anche chiarito che un'eventuale modifica della destinazione di tutte i [*rectius*: o *n.d.r.*] di parte delle superfici dichiarate apportate nei tre mesi precedenti la data prevista per l'inizio del raccolto deve essere notificata dal produttore all'organismo competente, all'organismo responsabile del controllo ed al primo acquirente ogniqualvolta tale modifica sia superiore al 10% della superficie indicata e superiore a 1 ettaro di superficie.

Ciò premesso, l'allora Aima aveva escluso la società attrice dal beneficio della integrazione comunitaria alla produzione di soia avendo accertato, tramite l'accertamento effettuato dall'Ispettorato Provinciale di Treviso, che la superficie seminativa di soia era di soltanto 77,00 ettari contro una superficie dichiarata di 93,22 ettari con una variazione, quindi, superiore al 10% che non era stata comunicata.

Tale assunto avrebbe dovuto essere oggetto di prove nel presente giudizio mediante gli ordinari mezzi messi a disposizione delle parti dal codice di rito e non mediante il semplice rinvio a verbali ispettivi di cui non vi è traccia agli atti di causa, ad eccezione di una nota della Regione Veneto del 10 febbraio 1993 che richiama genericamente un precedente verbale e che, soprattutto, trova decisa smentita nelle risultanze dell'istruttoria della causa, incardinata presso in [*rectius*: il *n.d.r.*] Tribunale di Ravenna nei confronti delle odierne parti in causa dalla Cereol Italia S.r.l. e conclu-

sasi con sentenza n. 1408/01 di accertamento negativo in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'annullamento del contratto di coltivazione tra Cereol e l'Azienda Agricola Castello, ove è emerso che l'effettiva diminuzione verificatasi di superficie coltivata a soia è di ha 8,22 che è inferiore al 10%.

Al riguardo si osserva che il giudice può utilizzare anche prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, al fine di trarne non solo semplici indizi o elementi di convincimento, ma anche di attribuire loro valore di prova esclusiva (Cfr. Cass. 8585/99, 623/95, 12091/90).

L'Agea ha eccepito che tale sentenza sarebbe ad essa in opponibile [*rectius*: inopponibile *n.d.r.*] per nullità dell'atto di citazione; tale nullità avrebbe però dovuta esse [*rectius*: essere *n.d.r.*] fatta valere come motivo di gravame entro un anno dalla conoscenza del processo che, nel caso in esame, si è concretizzata con la notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio avvenuta in data 9 aprile 2003; ne consegue che, essendo ormai decorso il termine annuale (calcolando anche il periodo di sospensione feriale) la sentenza in questione è definitivamente passata in giudicato.

Neppure è ostativa all'accoglimento della domanda la circostanza che la società attrice non ha impugnato dinanzi al TAR competente il provvedimento di annullamento; infatti, l'attività delle autorità nazionali nell'erogazione degli aiuti ai produttori di soia è vincolata al rispetto da parte dei produttori stessi di tutte le condizioni stabilite dalle disposizioni comunitarie senza che residui alcun potere discrezionale in capo ai singoli Stati membri sia in ordine all'*an* che al *quantum*. Gli agricoltori comunitari sono, quindi, titolari di un diritto soggettivo all'aiuto a fronte del qualche [*rectius*: quale *n.d.r.*] anche l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 29 *bis* del regolamento comunitario n. 2537/89, come modificato dal regolamento n. 150/90, è subordinata esclusivamente in [*rectius*: alla *n.d.r.*] presenza di comportamenti dolosi o caratterizzati da grave negligenza; ne consegue che i produttori possono far valere tale diritto dinanzi al giudice ordinario al fine di verificare la legittimità o meno del proprio operato.

Difettando nel caso in esame i presupposti per l'applicazione della sanzione dell'annullamento del contratto, l'Azienda ha diritto a ricevere i benefici per la campagna 1992/93 avendo prodotto tempestivamente i documenti necessari ad ottenere i contributi.

Quanto all'ammontare dell'aiuto, i conteggi effettuati da parte attrice non sono stati affatto contestati dalle controparti e devono ritenersi, quindi, corretti.

Pertanto i convenuti vanno condannati in solido corrispondere [*rectius*: a corrispondere *n.d.r.*] alla società attrice la somma di € 31.034,18, oltre interessi legali dalla data di messa in mora (6 febbraio 2002) a quella di effettivo pagamento.

Nulla spetta, invece, a parte attrice a titolo di maggior danno da svalutazione monetaria: infatti, trattandosi nella fattispecie di debito di valuta, era onere del creditore allegare e provare il danno ulteriore subito in aggiunta a quello coperto dagli interessi legali (Cfr. 14089/00, 3331/04, 11594/04), fermo restando che quest'ultimo è tenuto a fornire gli elementi in base ai quali il danno ulteriore sia concretamente quantificabile nell'ambito della categoria economica di appartenenza, escludendosi, in ogni caso, che il ricorso ad elementi presuntivi e a dati di comune esperienza possa mai tradursi nell'applicazione di parametri fissi, quali quelli evincibili dagli indici ISTAT o dal tasso corrente degli interessi bancari (Cfr. Cass. 5517/97). Nessuna cir-

costanza è stata dedotta al riguardo da parte attrice.

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

(*Omissis*)

AIUTI COMUNITARI ALLA PRODUZIONE DI SEMI DI SOIA: È COMPETENTE IL GIUDICE ORDINARIO A RICONOSCERE IL DIRITTO AGLI AIUTI

Con riferimento alla disciplina comunitaria vigente negli anni ottanta in materia di sovvenzioni alla produzione di soia negli Stati membri, anteriormente al 1° agosto di ogni anno, per la campagna di commercializzazione dell'anno successivo, veniva fissato all'interno della Comunità europea un «prezzo d'obiettivo» dei semi di soia, secondo la procedura prevista dall'art. 43, par. 2, del Trattato Ce. Il prezzo d'obiettivo veniva fissato ad un livello equo per i produttori, tenuto conto delle esigenze di approvvigionamento della Comunità (cfr. art. 1 del regolamento Cee n. 1491/85 del Consiglio del 23 maggio 1985 recante misure speciali per i semi di soia)¹. Il regolamento n. 1491/85, in vigore all'epoca dei fatti di causa, aveva istituito un sistema di aiuti alla produzione di semi di soia a favore degli operatori agricoli comunitari. Si trattava di un sistema che prevedeva il versamento agli agricoltori comunitari di un aiuto integrativo il cui importo si situava tra il prezzo praticato sul mercato mondiale e il predetto prezzo obiettivo fissato dalla Comunità europea. Gli agricoltori che avevano stipulato il contratto di coltivazione previsto all'art. 2 del regolamento n. 1491/85 venivano ammessi a tale aiuto integrativo.

Le norme di attuazione del sistema appena citato erano contenute nel regolamento n. 2537/89² recante modalità di applicazione delle misure speciali per i semi di soia, oggi non più in vigore.

L'Azienda Castello, attrice nella causa decisa dal Tribunale di Roma, avendo concluso un contratto con la Cereol per la cessione dei semi di soia da essa prodotti nella campagna 1991-1992, intendeva usufruire, in qualità di produttrice, dell'aiuto di cui sopra, rapportato ad ogni ettaro coltivato, così come previsto dalla normativa comunitaria sopra citata.

In seguito ad un sopralluogo effettuato presso l'Azienda Castello dalle autorità competenti, veniva accertata una superficie seminata a soia inferiore a quella dichiarata. L'azienda veniva perciò esclusa, a titolo di sanzione, dai benefici dell'integrazione comunitaria riferita alla successiva campagna 1992-1993 per non aver comuni-

¹ Pubblicato in *Guce* n. L 151 del 1985, pp. 15-16.

² Regolamento Cee della Commissione n. 2537/89, dell'8 agosto 1989, in *Guce* n. L 245 del 1989, p. 8.

cato la riduzione dell'area coltivata che superava, secondo le autorità, il 10% dell'area totale coltivata. Di conseguenza, il contratto concluso tra la Cereol e l'Azienda Castello veniva annullato. Non solo, ma l'AIMA (ora AGEA; di seguito: AIMA/AGEA) chiedeva anche la restituzione dell'importo relativo agli aiuti di cui aveva usufruito l'Azienda Castello per la campagna 1991-1992³.

La Cereol quindi citava in giudizio sia l'Azienda Castello, sia l'AIMA/AGEA chiedendo al Tribunale di Ravenna di tenerla indenne dalle conseguenze dannose derivanti dall'annullamento del contratto di cui sopra dato che essa aveva acquistato la soia ad un prezzo ridotto perché scontato degli aiuti integrativi destinati all'Azienda Castello.

Il Tribunale di Ravenna, dopo aver rinviato gli atti del procedimento nazionale alla Corte di giustizia Ce affinché si pronunciasse ex art. 234 CE sulla normativa comunitaria relativa al caso di specie⁴, ha concluso nella sua sentenza per «(...) l'insussistenza di presupposti atti a giustificare l'annullamento del contratto di coltivazione fra la Cereol s.r.l. e l'Azienda Castello e l'applicazione di sanzioni da parte dell'AIMA (...)»⁵.

In sostanza, il Tribunale di Ravenna ha riconosciuto l'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto necessari per l'irrogazione delle sanzioni⁶ da parte dell'AIMA/AGEA, dichiarando altresì illegittime le sanzioni inflitte per le presunte violazioni imputate all'Azienda Castello avendo accertato che l'effettiva diminuzione della superficie coltivata era inferiore al 10% della superficie totale dichiarata e che quindi non sussisteva alcun obbligo di comunicazione.

Conseguentemente l'Azienda Castello ha introdotto una nuova causa davanti al Tribunale di Roma chiedendo la condanna di AIMA/AGEA al pagamento degli aiuti relativi alla produzione di semi di soia per gli anni 1992/1993 per l'inesistenza di un comportamento scorretto ad essa imputabile.

Il Ministero delle Politiche agricole e forestali e l'AIMA/AGEA nella causa davanti al Tribunale di Roma hanno sollevato l'eccezione di difetto di giurisdizione per il fatto che l'Azienda Castello non aveva tempestivamente impugnato dinanzi al TAR Lazio il provvedimento di annullamento del contratto concluso tra la Cereol e l'Azienda Castello sopra richiamato. Tale eccezione non è stata accolta dal Tribunale

³ L'AIMA ha ritenuto che tale riduzione della superficie seminata, in quanto non le era stata notificata, costituisca violazione dell'art. 6, n. 3, del regolamento Cee n. 2537/89. Pertanto, in base all'art. 29 bis dello stesso regolamento, ha *a.* annullato il contratto di coltivazione, *b.* dichiarato che per i semi di soia prodotti in base al contratto stesso non spettava alcuna integrazione e *c.* escluso la Castello dal beneficio dell'integrazione per la campagna successiva.

⁴ La Corte di giustizia si è pronunciata il 12 ottobre 1995 in causa n. C-104/94, *Cereol c. Azienda Agricola Castello*, in *Raccolta*, 1995, p. 2983 affermando: «L'art. 6, n. 3, dello stesso regolamento (regolamento CEE della Commissione del 19 gennaio 1990, n. 150) dev'essere interpretato nel senso che un produttore di soia ha l'obbligo di notificare all'ente competente ogni modifica delle superfici indicate nel contratto di coltivazione, e segnatamente ogni riduzione di tali superfici, anche se è connessa ad eventi naturali, come piogge abbondanti, qualora tale modifica sia effettuata prima del deposito del contratto, nonché tutte le modifiche effettuate dopo il deposito del contratto di coltivazione e che, da sole o cumulate, siano superiori al 10% delle superfici indicate nel contratto di coltivazione e ad un ettaro».

⁵ Sentenza n. 1408/01 del 27 giugno 2001-10 ottobre 2001.

⁶ Previste all'art. 29 bis del regolamento Cee n. 2537/89, così come modificato dal regolamento Ce n. 190/90.

di Roma. Infatti, con riferimento al diritto fatto valere dall'Azienda Castello, il Tribunale ha statuito che, in mancanza dei presupposti per l'applicazione della sanzione consistente nell'annullamento del contratto, l'Azienda Castello quale titolare di un diritto soggettivo all'aiuto, poteva far valere tale diritto dinanzi alla giurisdizione ordinaria «al fine di verificare la legittimità o meno del proprio operato».

Il Tribunale di Roma ha così concluso per l'accoglimento delle pretese dell'Azienda Castello riconoscendo alla stessa il diritto di ricevere i benefici comunitari, condannando l'AGEA, in solido con il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, al pagamento della somma di Euro 31.034,18 a titolo di aiuti alla campagna di soia 1992/1993. L'AGEA, in seguito alla sentenza, si è dichiarata pronta ad effettuare i pagamenti indicati nella sentenza medesima.

Enrica Adobati*

* Avvocato in Novara - Cultore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

MERCATO DELL'INFORMAZIONE: UTILIZZAZIONE ECONOMICA DI DOCUMENTI PUBBLICI

Direttiva n. 2003/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 95,
vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo²,
visto il parere del Comitato delle regioni³,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato⁴,
considerando quanto segue:

(*Omissis*)

hanno adottato la presente direttiva:

* In *Gu-Ue* n. L 345 del 31 dicembre 2003, p. 90 ss. In argomento v. *infra*, p. 733 ss., il commento di *GIORGIO ALGOZINI*.

¹ *Guce* n. C 227 E del 24 settembre 2002, p. 382.

² *Guce* n. C 85 dell'8 aprile 2003, p. 25.

³ *Guce* n. C 73 del 26 marzo 2003, p. 38.

⁴ Parere del Parlamento europeo del 12 febbraio 2003 (*Gu-Ue* n. C 43 E del 19 febbraio 2004, p. 70 [*n.d.r.*]), posizione comune del Consiglio del 26 maggio 2003 (*Guce* n. C 159 E dell'8 luglio 2003, p. 1) e posizione del Parlamento europeo del 25 settembre 2003 (*Gu-Ue* n. C 77 E del 26 marzo 2004, p. 264 [*n.d.r.*]). Decisione del Consiglio del 27 ottobre 2003.

Capo I - Disposizioni generali
Articolo 1 - Oggetto e ambito di applicazione

1. La presente direttiva detta un complesso minimo di norme in materia di riutilizzo e di strumenti pratici per agevolare il riutilizzo dei documenti esistenti in possesso degli enti pubblici degli Stati membri.

2. La presente direttiva non si applica:

a. ai documenti la cui fornitura è un'attività che esula dall'ambito dei compiti di servizio pubblico degli enti pubblici in questione, definiti dalla legge o da altre norme vincolanti nello Stato membro o, in assenza di tali norme, dalle comuni prassi amministrative dello Stato membro interessato;

b. ai documenti su cui terzi detengono diritti di proprietà intellettuale;

c. ai documenti esclusi dall'accesso in virtù dei regimi di accesso degli Stati membri, anche per motivi di:

- tutela della sicurezza nazionale (ossia della sicurezza dello Stato), difesa o sicurezza pubblica, - segreto statistico o commerciale;

d. ai documenti in possesso delle emittenti di servizio pubblico e delle società da esse controllate e da altri organismi o loro società controllate per l'adempimento di un compito di radiodiffusione di servizio pubblico;

e. ai documenti in possesso di istituti d'istruzione e di ricerca quali scuole, università, archivi, biblioteche ed enti di ricerca, comprese, ove opportuno, organizzazioni preposte al trasferimento dei risultati della ricerca;

f. ai documenti in possesso di enti culturali quali musei, biblioteche, archivi, orchestre, teatri lirici, compagnie di ballo e teatri.

3. La presente direttiva si basa, senza recar loro pregiudizio, sui regimi di accesso esistenti negli Stati membri. La presente direttiva non si applica nei casi in cui i cittadini o le imprese devono dimostrare, in virtù del regime di accesso, di avere un particolare interesse all'ottenimento dell'accesso ai documenti.

4. La presente direttiva non pregiudica in alcun modo il livello di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ai sensi delle disposizioni di diritto comunitario e nazionale e non modifica, in particolare, i diritti e gli obblighi previsti dalla direttiva n. 95/46/Ce.

5. Gli obblighi di cui alla presente direttiva si applicano unicamente nella misura in cui essi sono compatibili con le disposizioni di accordi internazionali sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare la convenzione di Berna e l'accordo TRIPS.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva si intende per:

1. «ente pubblico», le autorità statali, regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni formate da una o più di tali autorità oppure da uno o più di tali organismi di diritto pubblico;

2. «organismo di diritto pubblico», qualsiasi organismo:

a. istituito per soddisfare specificatamente bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;

- e
 - b. dotato di personalità giuridica; e
 - c. la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico;
3. «documento»:
- a. qualsiasi contenuto, a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva);
 - b. qualsiasi parte di tale contenuto;
4. «riutilizzo», l'uso di documenti in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti. Lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico non costituisce riutilizzo;
5. «dati personali», i dati quali definiti all'art. 2, lett. a., della direttiva n. 95/46/Ce.

Articolo 3 - Principio generale

Gli Stati membri provvedono affinché, ove sia permesso il riutilizzo di documenti in possesso degli enti pubblici, questi documenti siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali conformemente alle condizioni indicate nei capi III e IV. I documenti sono resi disponibili, ove possibile, per via elettronica.

Capo II - Richieste di riutilizzo

Articolo 4 - Prescrizioni per il trattamento delle richieste di riutilizzo

1. Gli enti pubblici esaminano le richieste di riutilizzo e mettono i documenti a disposizione del richiedente, ove possibile e opportuno per via elettronica o, se è necessaria una licenza, mettono a punto l'offerta di licenza per il richiedente entro un lasso di tempo ragionevole e coerente con quello previsto per l'esame delle richieste di accesso ai documenti.
2. Laddove non siano stati fissati limiti di tempo o altre disposizioni in merito alla fornitura tempestiva di documenti, gli enti pubblici esaminano la richiesta di riutilizzo e forniscono i documenti al richiedente o, se è necessaria una licenza, mettono a punto l'offerta di licenza per il richiedente non più di 20 giorni lavorativi dopo aver ricevuto la richiesta. Tale lasso di tempo può essere prorogato di altri 20 giorni lavorativi ove le richieste siano cospicue o complesse. In tali casi, entro tre settimane dalla richiesta iniziale sarà notificato al richiedente che occorre più tempo per evadere la pratica.
3. In caso di decisione negativa, gli enti pubblici comunicano al richiedente i motivi del rifiuto sulla base delle pertinenti disposizioni del regime di accesso in vigore in detto Stato membro o delle disposizioni nazionali adottate in forza della pre-

sente direttiva, in particolare l'art. 1, par. 2, lett. *a.*, *b.* e *c.*, o l'art. 3. Quando viene adottata una decisione negativa a norma dell'art. 1, par. 2, lett. *b.*, l'ente pubblico indica inoltre la persona fisica o giuridica titolare del diritto, se è nota, oppure il licenziante dal quale l'ente pubblico ha ottenuto il materiale pertinente.

4. Ogni decisione negativa contiene un riferimento ai mezzi di ricorso a disposizione del richiedente per impugnare la decisione.

5. Gli enti pubblici di cui all'art. 1, par. 2, lett. *d.*, *e.* e *f.*, non sono tenuti ad osservare le prescrizioni del presente articolo.

Capo III - Condizioni di riutilizzo

Articolo 5 - Formati disponibili

1. Gli enti pubblici mettono a disposizione i propri documenti in qualsiasi formato e lingua preesistente, ove possibile e opportuno per via elettronica. Ciò non comporta, per gli enti pubblici, l'obbligo di adeguare i documenti o di crearne per soddisfare la richiesta, né l'obbligo di fornire estratti di documenti se ciò comporta difficoltà sproporzionate, che vanno al di là della semplice manipolazione.

2. In base alla presente direttiva, non può essere fatto obbligo agli enti pubblici di continuare a produrre un certo tipo di documento per permetterne il riutilizzo da parte di un'organizzazione del settore privato o pubblico.

Articolo 6 - Principi di tariffazione

Quando viene chiesto il pagamento di un corrispettivo in denaro, il totale delle entrate provenienti dalla fornitura e dalla autorizzazione al riutilizzo dei documenti non supera i costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione, maggiorati di un congruo utile sugli investimenti. L'entità delle tariffe dovrebbe essere determinata dai costi in un periodo contabile adeguato e calcolata conformemente ai principi contabili applicabili agli enti pubblici interessati.

Articolo 7 - Trasparenza

Le condizioni e le tariffe standard applicabili per il riutilizzo di documenti in possesso di enti pubblici sono fissate in anticipo e pubblicate, ove possibile e opportuno per via elettronica. Su richiesta, l'ente pubblico indica la base di calcolo per la tariffa pubblicata. L'ente pubblico in questione indica inoltre gli elementi presi in considerazione nel calcolo delle tariffe per i casi atipici. Gli enti pubblici garantiscono che coloro i quali richiedono il riutilizzo di documenti siano al corrente dei mezzi di impugnazione di cui dispongono per quanto riguarda le decisioni o le pratiche che li interessano.

Articolo 8 - Licenze

1. Gli enti pubblici possono autorizzare il riutilizzo incondizionato di documenti o imporre condizioni, ove opportuno attraverso una licenza, che trattino le questioni

pertinenti. Tali condizioni non limitano in maniera inutile le possibilità di riutilizzo dei documenti e non sono sfruttate per limitare la concorrenza.

2. Negli Stati membri in cui si fa uso della licenza, gli Stati membri provvedono affinché le licenze standard per il riutilizzo di documenti del settore pubblico, che possono essere adattate per soddisfare particolari richieste di licenza, siano disponibili in formato digitale e possano essere elaborate elettronicamente.

Gli Stati membri incoraggiano tutti gli enti pubblici a ricorrere alle licenze *standard*.

Articolo 9 - Modalità pratiche

Gli Stati membri garantiscono che siano previste modalità pratiche per facilitare la ricerca di documenti disponibili per il riutilizzo, come elenchi di contenuti, di preferenza accessibili per via elettronica, dei documenti più importanti e dei portali collegati a elenchi di contenuti decentralizzati.

Capo IV - Non discriminazione ed equità delle transazioni

Articolo 10 - Non discriminazione

1. Le condizioni poste per il riutilizzo di documenti non comportano discriminazioni per categorie analoghe di riutilizzo.

2. Se un ente pubblico riutilizza documenti per attività commerciali che esulano dall'ambito dei suoi compiti di servizio pubblico, la messa a disposizione dei documenti in questione per tali attività è soggetta alle stesse tariffe e condizioni applicate agli altri utilizzatori.

Articolo 11 - Divieto di accordi di esclusiva

1. I documenti possono essere riutilizzati da tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche qualora uno o più soggetti stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti. I contratti o gli altri accordi tra gli enti pubblici in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi.

2. Tuttavia, se per l'erogazione di un servizio d'interesse pubblico è necessario un diritto esclusivo, la fondatezza del motivo per l'attribuzione di tale diritto esclusivo è soggetta a riesame periodico, comunque con scadenza triennale. Gli accordi di esclusiva conclusi dopo l'entrata in vigore della presente direttiva sono trasparenti e sono resi pubblici.

3. Agli accordi di esclusiva esistenti che non rientrano nell'eccezione di cui al par. 2 è posto termine alla scadenza del contratto o comunque entro il 31 dicembre 2008.

Capo V - Disposizioni finali

Articolo 12 - Attuazione

Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 1° luglio

2005. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale.

Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri.

Articolo 13 - Riesame

1. La Commissione procede al riesame dell'applicazione della presente direttiva anteriormente al 1° luglio 2008 e ne comunica i risultati, con eventuali proposte di modifica della direttiva, al Parlamento europeo e al Consiglio.

2. Il riesame verte in particolare sull'ambito di applicazione e sull'impatto della presente direttiva, comprese l'entità dell'aumento del riutilizzo dei documenti del settore pubblico, gli effetti dei principi di tariffazione applicati e il riutilizzo di testi ufficiali di carattere normativo e amministrativo, nonché sulle ulteriori possibilità di migliorare il corretto funzionamento del mercato interno e lo sviluppo dell'industria europea dei contenuti.

Articolo 14 - Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Articolo 15 - Destinatari

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

(Omissis)

L'UTILIZZAZIONE ECONOMICA DELLE INFORMAZIONI DEL SETTORE PUBBLICO NEL DIRITTO COMUNITARIO

Sommario: **1.** *La riutilizzazione delle informazioni del settore pubblico nel quadro della strategia di Lisbona* - **2.** *Le problematiche connesse con lo sfruttamento commerciale di informazioni da parte del settore pubblico* - **3.** *Segue: Concorrenza e diritti d'autore.* - **4.** *Segue: L'accesso alle banche dati del settore pubblico* - **5.** *Segue: Sfruttamento economico dell'informazione e diffusione della conoscenza* - **6.** *L'approccio del legislatore comunitario nella direttiva n. 2003/98/Ce. Definizioni e ambito di applicazione* - **7.** *Segue: Il principio generale* - **8.** *Segue: Aspetti procedurali e condizioni di riutilizzo* - **9.** - *Conclusioni. I problemi aperti e le ricadute negli ordinamenti nazionali.*

1. La riutilizzazione delle informazioni del settore pubblico nel quadro della strategia di Lisbona

L'esigenza di regolare la riutilizzazione delle informazioni del settore pubblico si è sviluppata nella Comunità europea parallelamente alla informatizzazione degli apparati amministrativi nazionali, in relazione alle potenzialità che tale processo ha messo in luce. La raccolta e l'elaborazione informatica dei dati consentono, infatti, che questi possano essere copiati e trasmessi con costi bassissimi. Tale innovazione ha reso evidente come le informazioni raccolte ed elaborate dagli enti pubblici nell'ambito dei propri compiti istituzionali possano soddisfare efficacemente interessi ulteriori, legati da una parte alla trasparenza dei processi decisionali interni alle pubbliche amministrazioni¹, dall'altra alla produzione ed all'offerta di prodotti e servizi a valore ag-

¹ Notava, in proposito, G. ARENA che «se il diritto all'informazione, realizzando una circolazione delle conoscenze libera da ostacoli ingiustificati, può servire a garantire decisioni informate e quindi il più possibile razionali, questo significa che oggetto di tale diritto devono essere non tanto

giunto. I dati pubblici, infatti, possono essere rielaborati, o consultati con criteri incrociati, così da rispondere alla crescente domanda di informazioni economiche, legali, geografiche, ecc. legata alla necessità di individui ed imprese di compiere, in tempi brevi, scelte strategiche pienamente consapevoli².

Nelle pagine che seguono, ci si soffermerà in particolare sugli aspetti legati alla commercializzazione dei dati pubblici, che sono stati disciplinati dalla direttiva n. 2003/98/Ce³. Deve, però, premettersi che l'attenzione dei burocrati di Bruxelles verso l'argomento non si è destata solo adesso⁴, fin dalla metà degli anni Ottanta, infatti, la Commissione europea ha sviluppato politiche tese a soddisfare entrambi gli interessi, da un lato promuovendo l'utilizzazione di strumenti informatici ai fini dell'accesso ai documenti amministrativi, dall'altro, incoraggiando forme di cooperazione fra il settore privato e quello pubblico nello sfruttamento commerciale delle informazioni di questo ultimo⁵.

i risultati delle scelte (gli atti), quanto piuttosto gli elementi di giudizio in base ai quali le scelte sono state effettuate» (*La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 31).

² L'Autorità garante della concorrenza e del mercato già nel 1997 rilevava come «per le imprese industriali costituisca un fattore di crescente importanza e delicatezza l'accesso in tempi rapidi, in forma integrata e a costi contenuti alle informazioni relative alle caratteristiche dei mercati nei quali operano, necessarie per ottimizzare l'acquisizione degli *input*, l'organizzazione dei prodotti. È evidente che in mercati via via più complessi e integrati a livello sovranazionale, la conoscenza del contesto ambientale costituisce per le imprese un cruciale fattore di concorrenza, la cui portata è ulteriormente amplificata dalla diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione» (si vedano le deliberazioni n. 2523 del 1° dicembre 1994 e n. 5400 del 9 ottobre 1997, il periodo è citato in R. CROCITTO, *Banche dati pubbliche e attività di informazione economica: l'abuso di posizione dominante nuovamente al vaglio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. Comm.*, 1999, 1, p. 68).

³ Direttiva n. 2003/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, in *Gu-Ue* n. L 345 del 31 dicembre 2003, p. 90. Per una prima analisi della direttiva si vedano K. JANSSEN - J. DUMORTIER, *Towards a European framework for the re-use of public sector information: a long and winding road*, in *Int. J. of Law and Information Tech.*, 2003, 11, 2, p. 184; J. PAS, *The commercialization of government information and the proposal for a directive COM(2002) 207 by the European Commission*, in *E-Law, Murdoch Univ. Electronic J. Of Law*, 9, 4, <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n4/pas94.html>; C. M. CASCIONE, *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Dir. Inf.*, 2005, 1, p. 1; G. PIZZOLANTE, *Enti pubblici: riutilizzo dei documenti a chi opera nel mercato dell'informazione*, in *Guida al Diritto*, 2005, 5, p. 137. La direttiva è stata recepita in Italia con d.lgs. n. 36 del 24 gennaio 2006 (in *Guri* n. 37 del 14 febbraio 2006), mentre questo lavoro era in corso di pubblicazione.

⁴ Per una ricostruzione storica dell'approccio della Comunità europea alla tematica della riutilizzazione delle informazioni del settore pubblico si veda K. JANSSEN - J. DUMORTIER, *Towards a European framework*, *loc. cit.*

⁵ Il primo *discussion paper* della Commissione risale al 1985, in un documento sulle politiche relative ad un mercato comunitario delle informazioni (SEC(84) 1928), erano definite le problematiche coinvolte nella commercializzazione delle informazioni del settore pubblico con riguardo, in particolare, ai temi della concorrenza e delle relazioni fra il comparto pubblico e quello privato. Nel 1988 il Consiglio ha approvato un piano d'azione per la creazione di un mercato dei servizi dell'informazione (decisione n. 88/524/Cee del 26 luglio 1988, in *Guce* n. L 288 del 21 ottobre 1988, p. 39), nel quale era indicata una specifica misura tendente all'elaborazione di «iniziative concernenti il ruolo svolto dal settore pubblico sul mercato dell'informazione, allo scopo di migliorare la cooperazione tra questo settore e quello privato». Alla decisione ha fatto seguito il piano

Con riguardo al secondo profilo, il primo tentativo di attuazione di una politica uniforme nel mercato comunitario è rappresentato dalle *Guidelines for improving the synergy between the public and the private sectors in the information market*⁶. Queste erano degli orientamenti non vincolanti, diffusi dalla Commissione nel 1989, che invitavano le amministrazioni nazionali a consentire al settore privato la riutilizzazione delle proprie risorse informative, rendendo pubbliche le tipologie di dati che avevano disponibili e le politiche seguite per la riutilizzazione degli stessi, e scoraggiavano gli enti pubblici dal concludere accordi di esclusiva per lo sfruttamento delle proprie informazioni e dal realizzare pratiche discriminanti.

In base alle *Guidelines* il settore pubblico, prima di introdurre nuovi servizi informativi, avrebbe dovuto verificare se analoghi servizi non fossero stati disponibili sul mercato ed, in caso contrario, avrebbe dovuto far ricorso a questi piuttosto che svilupparne nuovi. Qualora, invece, vi fossero stati servizi informativi offerti sul mercato direttamente dal settore pubblico, questo avrebbe dovuto rivedere periodicamente le proprie strategie, per valutare se lo stesso servizio non potesse essere offerto in maniera più efficiente dal settore privato o in cooperazione con questo.

Nello stesso documento si affermava la necessità che gli Stati membri facessero il più ampio uso possibile della discrezionalità loro accordata dall'art. 2.4 della Convenzione di Berna⁷, lasciando esenti da diritti d'autore i testi ufficiali, così che il settore privato potesse impiegare tali documenti come materia prima per la realizzazione di prodotti e di servizi a valore aggiunto, senza la necessità di ottenere i diritti di sfruttamento economico.

Nel complesso si riteneva che le linee guida tendessero eccessivamente a favorire il settore privato a discapito del pubblico, che si vedeva ridotto ad un mero fornitore di dati⁸, e che fossero del tutto trascurate le relazioni fra accesso alle informazioni pubbliche e sfruttamento economico delle stesse. Come

d'azione IMPACT (*Information Market Policy Action programme*), che conteneva una serie di misure per sviluppare il mercato europeo delle informazioni.

⁶ Le *Guidelines* erano il risultato di uno studio delle interrelazioni fra settore pubblico e settore privato nel mercato dell'informazione, si veda in proposito J. MARTYN, *Historical background of EC initiatives relating to the public/private sector relationship in the information market*, in COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report on the workshop on Synergy between the Public and Private Sectors in the Information Market, PUBLAW 2 Workshop 4 march 1993*, Lussemburgo, 1993. Le linee guida sono disponibili su Internet all'indirizzo http://ftp.cordis.lu/pub/econ-tent/docs/1989_public_sector_guidelines_en.pdf.

⁷ La norma, nella versione successiva all'Atto di Stoccolma del 1967, dispone che «è riservato alle legislazioni dei Paesi dell'Unione di determinare la protezione da accordare ai testi ufficiali d'ordine legislativo, amministrativo e giudiziario, come anche alle traduzioni ufficiali di questi testi».

⁸ Il modello di riferimento delle *Guidelines* era rappresentato dalla normativa americana, che, in ossequio al principio della pluralità delle fonti informative (*diversity principle*), tende a favorire il settore privato, si veda in proposito H. H. PERRITT JR., *Sources of Rights to Access Public Information*, in *Wm. & Mary & Bill Of Rights J.*, 1995, p. 179.

più avanti la Commissione ebbe modo di verificare, tuttavia, le *Guidelines* rimasero sostanzialmente lettera morta, poche amministrazioni, infatti, ne ebbero cognizione e pressoché nessuna le fece proprie⁹.

Negli anni successivi la Comunità europea ha continuato ad osservare il fenomeno della riutilizzazione delle informazioni pubbliche¹⁰ e ad incentivare forme di cooperazione fra i settori pubblico e privato¹¹, iniziando al contempo a valutare la praticabilità di un intervento più incisivo, come l'adozione di una raccomandazione o di una direttiva.

Per valutare questa seconda opzione coinvolgendo tutte le parti interessate, nel 1998 venne diffuso un Libro Verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione¹², il quale riconosceva l'importanza dell'accesso per i cittadini europei ed in generale della diffusione dei dati pubblici, ed annunciava la necessità di una iniziativa comunitaria volta a superare la frammentarietà delle legislazioni di settore, individuando i punti nodali per una regolamentazione del fenomeno. Fra questi un ruolo di rilievo era assegnato proprio alle discipline dell'accesso dei vari Stati membri, le cui diversità avrebbero potuto rappresentare un ostacolo per la creazione di un mercato comunitario delle informazioni.

Il tema dello sfruttamento commerciale delle informazioni pubbliche è, poi, confluito fra le misure previste dalla "Strategia di Lisbona", tesa a rendere quella dell'Unione europea «l'economia della conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sosteni-

⁹ Del sostanziale fallimento delle *Guidelines* si dà atto nello studio *PUBLAW 3* (cit. *infra*, nota 10) e nella relazione illustrativa allegata alla proposta di direttiva relativa al riutilizzo dei documenti del settore pubblico e al loro sfruttamento a fini commerciali (COM(2002) 207 def.), in *Guce* n. C 227 E, del 24 settembre 2002, p. 382.

¹⁰ Fra il 1991 ed il 1995 la Commissione ha portato avanti alcuni studi incentrati sulla legislazione in tema di accesso alle informazioni pubbliche negli Stati membri, sull'impatto delle *Guidelines* e sulle normative e le prassi nazionali in tema di riutilizzazione delle informazioni pubbliche. Tali studi sono raccolti nei c.d. *PUBLAW Reports* (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *PUBLAW: Subject report general access to information legislation*, Lussemburgo, 1991; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *PUBLAW 2: Draft final report Europe, A report to the Commission of the European Communities on an evaluation of the implementation of the Commission's Guidelines for improving the synergy between the public and the private sectors of the information market*, Lussemburgo, 1993; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *PUBLAW 3: Final Report*, Lussemburgo, 1995). Ad esito di tali studi, il 27 ed il 28 giugno del 1996, sotto gli auspici della Commissione, si è svolta a Stoccolma la Conferenza *Access To Public Information: A Key To Commercial Growth And Electronic Democracy*.

¹¹ Il programma *INFO2000* (decisione n. 96/339/Ce del 20 maggio 1996, p. 24, che adotta un programma comunitario pluriennale per favorire lo sviluppo di un'industria europea dei contenuti multimediali e per promuovere l'impiego dei contenuti multimediali nell'emergente società dell'informazione, in *Guce* n. L 129 del 30 maggio 1996), finalizzato a favorire lo sviluppo dell'industria europea dei contenuti ed a promuovere l'impiego di prodotti e servizi multimediali, conteneva, ad esempio, un'azione specifica per la promozione dello sfruttamento commerciale delle informazioni del settore pubblico.

¹² Libro Verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione. L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa, COM(1998)585 fin.

bile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale»¹³, ed è stato compreso fra gli obiettivi del piano *e-Europe 2002*¹⁴ e del programma *e-Content*¹⁵, in un quadro di azioni volte ad accrescere l'utilizzazione delle tecnologie informatiche anche da parte delle amministrazioni nazionali ed a stimolare il settore dei contenuti digitali europei. In tale prospettiva, la necessità di armonizzare quanto meno gli aspetti economici del riutilizzo dei documenti pubblici si mostrava di particolare urgenza ed importanza per lo sviluppo di nuove tecnologie, come la telefonia mobile di terza generazione, che avrebbero reso sempre più appetibili le risorse informative delle amministrazioni.

Dietro la spinta del Consiglio europeo di Lisbona, la Commissione è tornata sull'argomento con la Comunicazione «*e-Europe 2002: un quadro normativo comunitario per la valorizzazione delle informazioni del settore pubblico*»¹⁶, in questa l'accento era posto ancora sull'importanza delle informazioni del settore pubblico per i cittadini, per le imprese e per la pubblica amministrazione e sul potenziale economico che tali informazioni posseggono come materie prime per la creazione di nuovi prodotti e servizi.

Già nella prima pagina della Comunicazione, tuttavia, era abbandonata la prospettiva di armonizzare l'accesso ai documenti amministrativi e l'attenzione era concentrata piuttosto sugli aspetti economici della riutilizzazione dei dati. Si affermava, infatti, che: «pur riconoscendo l'importanza dell'informazione del settore pubblico dal punto di vista civico e democratico, la presente comunicazione si incentra sugli aspetti economici e sugli aspetti legati al mercato interno e propone una serie di iniziative volte ad eliminare gli ostacoli che ancora permangono nel mercato europeo affrontando in particolare il problema della valorizzazione delle informazioni del settore pubblico. Non vengono tuttavia avanzate proposte in materia di accesso a questo tipo di informazioni»¹⁷.

¹³ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000, in questa *Rivista*, 2000, p. 823 ss.

¹⁴ Nel Piano d'Azione «*e-Europe 2002: Una società dell'informazione per tutti*» (Bruxelles, 14 giugno 2000, http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2002/action_plan/pdf/actionplan_en.pdf), fra gli obiettivi che gli Stati membri dovevano raggiungere, erano indicati: l'accesso elettronico almeno ai dati pubblici essenziali, ivi comprese le informazioni di tipo giuridico, amministrativo, culturale, sull'ambiente e sul traffico; l'accesso elettronico generalizzato ai servizi pubblici di base; lo sviluppo di una strategia coordinata per le informazioni del settore pubblico.

¹⁵ Decisione n. 2001/48/Ce del 22 dicembre 2000, che adotta un programma comunitario pluriennale inteso ad incoraggiare lo sviluppo e l'utilizzo dei contenuti digitali europei nelle reti globali e a promuovere la diversità linguistica nella società dell'informazione, in *Guce* n. L 14, del 18 gennaio 2001, p. 32. Una delle azioni del programma era tesa a migliorare l'accesso alle informazioni del settore pubblico ed a svilupparne l'utilizzazione.

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, «*e-Europe 2002: un quadro normativo comunitario per la valorizzazione delle informazioni del settore pubblico*», COM(2001) 607, del 23 ottobre 2001, in *Bollettino UE*, 10, 2001.

¹⁷ Vedi p. 3 della Comunicazione.

La Comunicazione confermava, invece, la necessità di continuare nella sperimentazione e nel dialogo fra enti pubblici e privati e, d'altra parte, esprimeva la necessità di un'armonizzazione minima delle condizioni per lo sfruttamento commerciale delle informazioni pubbliche, evidenziando ancora le eccessive divergenze normative e la scarsa trasparenza delle regole e delle pratiche nazionali.

Nelle ultime pagine della Comunicazione erano ancora distinti i due aspetti dell'accesso e dello sfruttamento commerciale, per ribadire che la prima questione (con l'eccezione della materia ambientale) rientrava nell'ambito delle responsabilità nazionali, regionali e locali e che, pertanto, non era prospettabile alcuna armonizzazione del diritto di accesso¹⁸.

In questo lavoro, saranno prima delineate le questioni principali affrontate dal legislatore comunitario nella regolamentazione dell'utilizzazione economica delle informazioni pubbliche, per poi osservare l'approccio seguito nella direttiva n. 2003/98/Ce.

L'abbandono da parte del legislatore comunitario della prospettiva di armonizzare il diritto di accesso induce ad approfondire in particolare gli aspetti economici della riutilizzazione dei dati pubblici, pur non potendosi trascurare l'influenza che una politica dell'informazione pubblica può produrre nella diffusione della conoscenza.

Esulano, invece, dai confini di questo studio altre questioni che la direttiva solleva ma non affronta direttamente, come, in particolare, quelle relative alla tutela dei dati personali¹⁹, alla responsabilità del settore pubblico per la diffusione di informazioni inesatte²⁰, alla compatibilità della direttiva con le disposizioni internazionali in tema di diritto d'autore²¹.

¹⁸ Di diverso avviso era H. BURKERT, il quale, nella propria relazione conclusiva alla Conferenza organizzata a Stoccolma dalla Commissione nel 1996, affermava l'opportunità di una direttiva che recepisce la Raccomandazione (81) 19 del Consiglio d'Europa sul diritto di accesso (*Personal Summary of the Conference*, atti della conferenza *Access To Public Information: A Key To Commercial Growth And Electronic Democracy*, tenutasi a Stoccolma, il 27-28 giugno 1996, Bruxelles-Lussemburgo, 1996).

¹⁹ Ai sensi dell'art. 1.4, la direttiva n. 2003/98/Ce non pregiudica l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario e nazionale in materia di tutela dei dati personali. Per un esame delle implicazioni della direttiva con riguardo a tali aspetti si vedano i pareri n. 3/99, del 3 maggio 1999, e n. 7/2003, del 12 dicembre 2003, formulati dal Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali istituito dall'art. 30 della direttiva n. 95/46/Ce, e le osservazioni espresse da V. ZENO-ZENCOVICH alla conferenza internazionale "Privacy: da costo a risorsa", tenutasi a Roma il 5-6 dicembre 2002, pubblicate sotto il titolo *Uso a fini privati dei dati personali in mano pubblica*, in *Dir. Inf.*, 2003, p. 197. Vedi anche C. M. CASCIONE, *L'utilizzo dell'informazione*, cit. *supra*, nota 3.

²⁰ Le questioni legate alla responsabilità del settore pubblico per la diffusione di dati inesatti erano tratteggiate nel Libro Verde del 1998. Nella successiva Comunicazione, tuttavia, era abbandonato qualsiasi riferimento in materia.

²¹ Ai sensi dell'art. 1, comma 5, della direttiva, gli obblighi da essa previsti si applicano «unicamente nella misura in cui essi sono compatibili con le disposizioni di accordi internazionali sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare la Convenzione di Berna e l'accordo TRIPS».

2. Le problematiche connesse con lo sfruttamento commerciale di informazioni da parte del settore pubblico

Con riguardo alle informazioni, il settore pubblico può essere inteso come un "produttore" o un "fornitore" di risorse. I dati detenuti dalle amministrazioni rappresentano, infatti, per le imprese delle "materie prime"²², che possono essere rielaborate per creare prodotti ed offrire servizi. Tali informazioni afferiscono alle categorie più disparate e la loro utilizzazione può servire agli scopi più diversi. Per comprendere in concreto di cosa si discute possono richiamarsi le categorie alle quali la Commissione ha ricondotto i dati pubblici nei propri studi²³, in questi si distingue fra informazioni legate alle funzioni di governo, come quelle relative al sistema normativo (informazioni giuridiche di carattere legislativo, amministrativo, giurisprudenziale) o politico (comunicati del Governo, dibattiti politici nei vari livelli di governo, libri verdi, ecc.), ed informazioni non amministrative, quali le informazioni economiche e commerciali (informazioni finanziarie, dati relativi alle imprese, statistiche economiche, dati sull'inflazione, sulla disoccupazione), quelle relative all'ambiente ed al territorio (dati catastali, informazioni idrografiche, relative alla qualità dell'ambiente, mappe geografiche, dati meteorologici, ecc.), le informazioni relative all'agricoltura, alla pesca, le informazioni sociali, scientifiche, culturali.

Tanto il settore pubblico, quanto quello privato possono utilizzare queste informazioni per finalità differenti da quelle per le quali i dati sono stati raccolti originariamente, così da sfruttarne il potenziale economico.

Allo stato attuale il riutilizzo di tali informazioni pubbliche è, però, frenato da una serie di ostacoli: le imprese devono, anzitutto, individuare le informazioni che ritengono di riutilizzare; devono, poi, verificare quali diritti facciano capo al settore pubblico su tali informazioni; in terzo luogo, devono verificare come questi diritti siano concretamente gestiti dai singoli enti pubblici; infine, devono negoziare la riutilizzazione delle informazioni con gli enti in questione.

I regimi di accesso nazionali, tuttavia, possono limitare la possibilità di conoscere ed individuare i documenti da riutilizzare. Nel caso in cui i dati siano protetti da diritti di proprietà intellettuale, poi, è possibile che gli enti

²² L'espressione è adoperata nella stessa direttiva, la quale, al *considerando* n. 5, afferma che: «(...) Le informazioni del settore pubblico sono un'importante materia prima per i prodotti e i servizi imperniati sui contenuti digitali. Esse diventeranno una risorsa contenutistica ancora più importante con lo sviluppo di contenuti via comunicazioni mobili. In tale contesto sarà fondamentale anche un'ampia copertura geografica oltre i confini nazionali».

²³ La classificazione è adottata nel rapporto *Commercial Exploitation of Europe's Public Sector Information. Final Report*, Surrey, England, Pira International, 2000, disponibile su Internet al sito <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=18390>, si veda anche il Libro Verde sull'informazione del settore pubblico, *cit. supra*, nota 12.

pubblici siano disposti a concederne lo sfruttamento commerciale, ma è anche possibile che essi lo accordino in esclusiva ad un'impresa soltanto, impedendo alle altre di competere, o che neghino *tout court* il riutilizzo dei dati, eventualmente entrando essi stessi sul mercato.

Questi ostacoli, già rilevanti in ambito nazionale, diventano quasi insormontabili allorché un'impresa voglia realizzare prodotti o servizi basati su dati raccolti da amministrazioni di più Stati membri. In tal caso, infatti, oltre che con le differenze linguistiche, l'impresa dovrà confrontarsi con legislazioni e prassi assai diverse, con un dispendio di tempo e di risorse inimmaginabile. Esistono, infatti, divergenze nei tempi di risposta alle richieste di riutilizzo; in alcuni Stati non è possibile ottenere i dati in formato elettronico, né esistono repertori delle informazioni. Dal punto di vista tecnico, poi, mancano *standard* comuni per la classificazione delle informazioni pubbliche.

Va, inoltre, rilevato che il più delle volte il patrimonio informativo a disposizione del settore pubblico è stato raccolto, prodotto e ordinato nel perseguimento dei fini istituzionali di ciascun apparato e facendo ricorso a risorse che provengono dall'erario. Quelle relative alla gestione dei diritti sono, dunque, delle scelte che dipendono anche dalla politica che il singolo Stato o il singolo ente intende perseguire: questo potrebbe ritenere di avvantaggiare il settore privato concedendo la libera riutilizzazione delle proprie opere e delle proprie informazioni o, all'opposto, potrebbe preferire incrementare le entrate pubbliche attraverso l'introduzione di tariffe per il riutilizzo delle informazioni o attraverso la produzione e l'offerta diretta di beni e servizi tramite società controllate²⁴.

3. *Segue: Concorrenza e diritti d'autore*

Dalle reazioni al Libro Verde²⁵ era emerso un atteggiamento critico in relazione a determinate pratiche anticompetitive poste in atto dagli enti pubblici nello sfruttamento economico delle proprie informazioni, in particolare attraverso l'applicazione di condizioni restrittive e discriminatorie ai licenziatari, spesso basate sulla nazionalità, o la concessione di esclusive nello sfruttamento economico dei dati. Era, inoltre, segnalata l'assenza di sistemi contabili separati, che consente sussidi incrociati fra diversi enti pubblici, quelli che rac-

²⁴ Sulle possibili opzioni che si presentano al settore pubblico nello sfruttamento delle proprie risorse informative si veda H. BURKERT, *Reconciling Diverging Interests in Public Sector Information. The Québec Approach*, in *GMD-Studien Nr. 175*, St. Augustin, 1990; ID., *Besluitvormingsmodel voor het verhandelen van overheidsinformatie*, in *Informatie en Informatiebeleid*, 1993, 11, 3, p. 31.

²⁵ Un documento di sintesi predisposto dai servizi della Commissione europea è disponibile su internet all'indirizzo http://europa.eu.int/information_society/topics/multi/psi/docs/pdfs/eeurope/annexes/2001_607_ann_en.pdf.

colgono o producono informazioni per fini istituzionali e facendo ricorso alle entrate fiscali, infatti, possono sfruttarne al contempo il potenziale economico, o demandare tale compito ad altri soggetti, senza che traspaiano i costi relativi alla cessione dei diritti di utilizzazione economica.

Fra coloro che hanno replicato ai quesiti posti dal Libro Verde, tuttavia, era opinione diffusa che tali comportamenti avrebbero potuto trovare rimedio attraverso l'applicazione delle regole esistenti, piuttosto che introducendo una normativa *ad hoc*. La presenza di problemi complessi e dibattuti nella giurisprudenza comunitaria e nazionale ha indotto, invece, il legislatore comunitario ad intervenire con una direttiva che rispondesse alle principali questioni sollevate dal riutilizzo commerciale dei dati pubblici.

L'applicazione delle regole esistenti, e in particolare di quelle relative alla concorrenza, alla materia del riutilizzo delle informazioni pubbliche, infatti, è resa incerta da due ordini di questioni.

La prima è data dalla natura degli enti in questione e dal tipo di attività che svolgono. Per quanto le regole sulla concorrenza si applichino anche nei confronti di enti appartenenti al settore pubblico che offrono sul mercato beni o servizi²⁶, infatti, in questo caso tali norme sopportano un'importante eccezione: l'art. 86, comma 2, TCE²⁷ consente alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale di sottrarsi all'applicazione delle disposizioni sulla concorrenza nella misura in cui queste costituiscano un ostacolo per la specifica missione loro affidata. La stessa norma, poi, giustifica l'erogazione di finanziamenti pubblici a copertura dei costi sostenuti da imprese che prestano servizi di interesse economico generale²⁸. L'art. 86, comma 2, pertanto, potrebbe essere invocato per sottrarre alla disciplina degli

²⁶ Secondo la Corte di giustizia per impresa deve intendersi qualsiasi soggetto che eserciti attività economiche, a prescindere dalla propria natura giuridica e dal modo in cui è finanziato (v. sentenze del 23 aprile 1991 in causa n. C-41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1979 e del 16 novembre 1995 in causa C-244/94, *FFSA e a. c. Ministère de l'Agriculture and de la Pêche*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4013). Le norme degli artt. 81 e 82, pertanto, trovano applicazione anche nei confronti di enti appartenenti al settore pubblico, tutte le volte in cui conducano attività economiche di natura industriale o commerciale e offrano sul mercato beni o servizi (sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2000 in cause riunite da n. C-180/98 a n. C-184/98, *Pavlov e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6451).

²⁷ Il comma 2 dell'art. 86 TCE recita: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».

²⁸ La fornitura di beni o servizi a prezzi ridotti configura una ipotesi di aiuto vietato (sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *SFEI e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3547). Ai sensi dell'art. 86, comma 2, TCE, tuttavia, tale aiuto potrebbe ritenersi consentito nella misura in cui non ecceda il costo generato dalla missione di servizio pubblico affidata all'ente in questione (sentenze del Tribunale di primo grado del 10 maggio 2000 in causa n. T-46/97, *SIC c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2125 e del 27 febbraio 1997 in causa T-106/95, *FFSA c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, II, p. 229).

aiuti di Stato eventuali sussidi incrociati fra gli enti che raccolgono le informazioni facendo ricorso alle risorse erariali, da una parte, e quelli che riutilizzano tali informazioni offrendole sul mercato sotto forma di beni o servizi, dall'altra.

Il secondo ostacolo deriva dal fatto che le pratiche anticompetitive segnalate in relazione all'utilizzazione economica delle informazioni del settore pubblico, entro una certa misura, rientrano nell'esercizio del diritto di esclusiva concesso all'ente in questione allorché sia titolare di diritti di proprietà intellettuale sui dati. Per questo è necessario esaminare brevemente quali diritti fanno capo al settore pubblico sulle informazioni delle quali è in possesso.

A tal fine occorre distinguere le informazioni di cui si discute. Per i testi ufficiali di tipo legislativo, amministrativo o giudiziario, la protezione del diritto d'autore è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati, i quali, in virtù dell'art. 2.4 della Convenzione di Berna²⁹, possono escluderli dalla tutela per facilitarne la diffusione (come auspicavano le *Guidelines*), oppure possono mantenere la protezione sugli stessi, così da garantire l'integrità dei testi originali³⁰.

I documenti che esulano dalla categoria dei testi ufficiali³¹ possono rientrare fra quelli protetti dal diritto d'autore, a condizione che possano essere considerati «opere letterarie o artistiche»³².

Infine, le informazioni che non sono protette dal diritto d'autore perché prive di carattere creativo, possono essere comprese all'interno di banche di dati, le quali, a loro volta, possono essere tutelate dal diritto d'autore, qualora per la scelta o per la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno, o dal diritto *sui generis* nel caso in cui l'ottenimento, la verifica, e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo³³.

²⁹ V. nota 4.

³⁰ Così avviene, ad esempio nel Regno Unito, dove tutti i testi ufficiali sono coperti dal *Crown* o dal *Parliamentary Copyright* (v. *Copyright, Designs and Patents Act* 1988, c. 48, ch. 10, art. 163).

³¹ Come anche gli stessi testi ufficiali, nel caso in cui lo Stato non si avvalga della facoltà di cui all'art. 2.4 della Convenzione di Berna e non li escluda dalla protezione d'autore.

³² Ai sensi dell'art. 2.1 della Convenzione di Berna «l'espressione "opere letterarie ed artistiche" comprende tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, come: i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all'architettura o alle scienze».

³³ Si vedano gli artt. 3 e 7 della direttiva n. 96/9/Ce.

Tanto il contenuto del diritto *sui generis* sulle banche dati, quanto quello del diritto d'autore, sono stati oggetto di armonizzazione da parte del legislatore comunitario rispettivamente con le direttive n. 96/9/Ce³⁴ e n. 2001/29/Ce³⁵.

Alla stregua delle discipline dettate da tali direttive, in ogni Stato membro il settore pubblico è titolare del diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione, la comunicazione, la messa a disposizione del pubblico ed ogni forma di distribuzione di tutte le informazioni sulle quali sia il titolare del diritto d'autore³⁶. Per ciò che, invece, riguarda le informazioni di carattere empirico raccolte dal settore pubblico in banche di dati prive di carattere creativo, i singoli enti pubblici sono titolari del diritto di vietarne l'estrazione ed il reimpiego³⁷.

La presenza di tali diritti consente agli enti pubblici di riservarsi il diritto di riutilizzare le informazioni delle quali sono in possesso, o di scegliere a chi concedere tale diritto ed a quale prezzo. D'altra parte le due direttive non prevedono esclusioni o limitazioni al diritto di esclusiva per l'ipotesi in cui il titolare delle informazioni sia un ente pubblico.

Un problema peculiare si pone, inoltre, nel caso in cui i diritti esclusivi concessi al titolare del diritto d'autore o del diritto *sui generis* vengano utilizzati per limitare l'accesso ad una risorsa informativa che non sia altrimenti disponibile.

L'ipotesi è stata oggetto di diverse pronunzie della Corte di giustizia, che ha adoperato le argomentazioni comunemente riportate alla dottrina dell'*essential facility*³⁸.

³⁴ Direttiva n. 96/9/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche dati, in *Guce* n. L 77 del 27 marzo 1996, p. 20.

³⁵ Direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione, in *Guce* n. L 167 del 22 giugno 2001, p. 10.

³⁶ Si vedano gli artt. 2, 3, 4 della direttiva n. 2001/29/Ce.

³⁷ Si veda l'art. 7 della direttiva n. 96/9/Ce, nel quale è precisato che, «per "estrazione" si intende il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo e in qualsivoglia forma; *b.* per "reimpiego" si intende qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione in linea o in altre forme. La prima vendita di una copia di una banca dati nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di controllare la rivendita della copia nella Comunità».

³⁸ Nella giurisprudenza nordamericana l'espressione si fa risalire al caso *U.S. v. Terminal Railroad*, U.S. 383, 32 S.Ct. 507, del 1912. La Commissione europea vi ha fatto riferimento per la prima volta nella decisione *B & I c. Sealink*, CMLR, 1992, p. 225.

Sulla dottrina in parola si vedano, fra i tanti, C. STOTHERS, *Refusal to supply as an abuse of dominant position: essential facilities in the European Union*, in *EC Comp. Rev.*, 2001, 22, 7, p. 256; J. TEMPLE LANG, *The principle of essential facility doctrine in European Community Competition Law - The position since Bronner*, in *Journal of Network Industries*, 1, 2000, p. 375; J. G. SIDAK - ABBOTT B. LIPSKY JR., *Essential facilities*, in *Stanford Law Rev.*, 51, 1999, p. 1187; P. AREEDA, *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journ.*, 1990, 58, p. 841; per l'Italia si vedano G. B. RAMELLO, *Diritti esclusivi e pratiche restrittive: la difficile convivenza fra diritto d'autore e tutela della concorrenza nell'esperienza antitrust italiana*

Sulla base di tale teoria l'impresa in posizione dominante, che sia in grado di controllare l'accesso ad una risorsa, deve garantire alle imprese concorrenti di accedervi a condizioni eque, ogniqualevolta tale risorsa sia essenziale per l'offerta di beni o servizi su un mercato diverso da quello della risorsa in questione. Commette, dunque, un abuso sanzionabile ai sensi dell'art. 82 TCE l'impresa che, trovandosi in posizione dominante nella fornitura della risorsa essenziale (mercato a monte) neghi senza giustificazione l'accesso a tale risorsa a chi opera nel diverso settore dei derivati (mercato a valle o secondario)³⁹. Attraverso tale pratica, infatti, l'impresa dominante sul mercato a monte è in grado di alterare la concorrenza nel mercato secondario.

Un'ipotesi del genere, nel nostro caso, può presentarsi allorché il settore pubblico sia l'unico "autore" di una determinata opera (si pensi alle informazioni di carattere legislativo, giudiziario o amministrativo) o qualora sia titolare del diritto *sui generis* su banche dati e l'elaborazione *ex novo* degli stessi dati sia impossibile o eccessivamente onerosa⁴⁰.

Con riguardo ai casi nei quali il rifiuto è opposto dal titolare del diritto d'autore o di diritti connessi, il riferimento va alle note sentenze *Magill*⁴¹ e *IMS Health*⁴². In tali casi la Corte di giustizia ha affermato che, perché la condotta del titolare di un diritto d'autore o di un diritto connesso possa considerarsi abusiva, è necessario qualcosa di più del rifiuto di garantire l'accesso alla risorsa, se così non fosse, infatti, i diritti di proprietà intellettuale sarebbero spogliati del proprio contenuto.

ed europea, in *Economia e pol. ind.*, 114, 2002, p. 147; J. BERTI, *Le essential facility nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 355; G. GUGLIELMETTI, *Essential facility nelle decisioni dell'Autorità garante*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 389; J. BERTI - A. BIANCARDI, *Essential facility e disciplina della concorrenza: note critiche*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 423; A. MASTROLILLI, *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust (nota a Corte di Giustizia CE, C-241/91 e C-242/91)*, in *Foro it.*, 1995, IV, 14, 269.

³⁹ Si vedano in tal senso le sentenze della Corte di giustizia del 6 marzo 1974 in cause riunite n. C-6/73 e n. C-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 223 e del 3 ottobre 1985 in causa n. C-311/84, *CBEM c. CLT e IPB («Telemarketing»)*, in *Raccolta*, 1985, p. 3261.

⁴⁰ Come la Corte ha avuto modo di precisare nel caso *Bronner*, «per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistono prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistono ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi» (sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998 in causa C-7/97, *Bronner*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7791, punti 43 e 44).

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1995 in cause riunite n. C-241/91 e n. C-242/91 *RTE e ITP c. Commissione («Magill»)*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 743.

⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-418/01, *IMS Health*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5039. La sentenza è commentata da V. HATZOPOULOS, *CMLR*, 41, 2004, p. 1613.

Interessa qui osservare il ragionamento seguito dalla Corte per riconoscere la posizione di dominanza del titolare di diritti esclusivi e per qualificare come abusivo il rifiuto di concedere l'utilizzazione economica delle informazioni.

Nel caso *Magill*⁴³ la Corte ha, anzitutto, confermato che il semplice fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale non è sufficiente a conferire ad una impresa una posizione dominante sul mercato⁴⁴, tuttavia, ha affermato che nel caso di specie le informazioni sulle quali le imprese detenevano i diritti costituivano l'«*unica fonte*»⁴⁵ per un'impresa che intendesse utilizzare le informazioni protette per realizzare un prodotto derivato. La Corte ha ritenuto, pertanto, che rispetto a tale fonte informativa le imprese detenesero un monopolio di fatto e fossero in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato a valle.

In relazione al comportamento abusivo, la Corte ha affermato che il rifiuto di concedere in licenza i diritti di proprietà intellettuale non costituisce in sé una condotta sanzionabile, appartenendo alle prerogative concesse al titolare dell'esclusiva⁴⁶; avvalersi di tale diritto per impedire ad un'altra impresa di utilizzare le informazioni grezze per lo sviluppo di un prodotto derivato costituisce, tuttavia, una deviazione dall'oggetto specifico del diritto d'autore che, in presenza di «circostanze eccezionali» può concretare una condotta abusiva.

La Corte ha poi identificato dette circostanze eccezionali nell'assenza di un sostituto reale o potenziale di tale prodotto a valore aggiunto, nonostante l'esistenza di una domanda costante e regolare da parte dei consumatori; nell'assenza di giustificazioni obiettive per il rifiuto; nel fatto che, attraverso il rifiuto dell'accesso alle informazioni nel mercato a monte, l'impresa dominante sarebbe stata in grado di escludere la concorrenza nel mercato derivato⁴⁷.

In tempi più recenti la Corte di giustizia è tornata ad applicare l'*essential facility doctrine* ai diritti di proprietà intellettuale nel caso *IMS Health*⁴⁸. In

⁴³ La controversia trae origine dal rifiuto di alcune emittenti di concedere il diritto di utilizzazione economica dei propri palinsesti ad una impresa che chiedeva di utilizzarli al fine di pubblicare una guida settimanale ai programmi televisivi, prodotto, questo che non era disponibile sul mercato.

⁴⁴ Si veda nello stesso senso la sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 1971 in causa n. C-78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro SB*, in *Raccolta*, 1971, p. 487.

⁴⁵ Punto 47.

⁴⁶ Punto 49. V. nello stesso senso sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1988 in causa n. C-238/87, *Volvo c. Veng*, in *Raccolta*, 1988, p. 6211, punto 8.

⁴⁷ Le tre condizioni individuate nella sentenza *Magill* sono così sintetizzate al punto 38 della sentenza *IMS Health* (sulla quale si veda nota 48).

⁴⁸ Alla base della controversia era l'utilizzazione di una banca dati contenente una ripartizione geografica del territorio tedesco utilizzata per studi di mercato sulle vendite regionali di farmaci. La titolare del diritto di esclusiva rifiutava di concederne l'utilizzo ad una potenziale concorrente, la quale invocava l'applicazione della dottrina dell'*essential facility* affermando che, tale era ormai la dipendenza dei clienti da tale struttura, che non ne avrebbero accettata una differente. Sulla stessa questione si era già pronunciata la Commissione, con decisione n. 2002/165/Ce, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 TCE (caso COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: misure provvisorie), in *Guce* n. L 59 del 28 febbraio 2002, p. 18) e, successivamente, il Tribunale di

tale occasione la Corte ha chiarito alcuni punti rimasti equivoci nella sentenza *Magill*, affermando che, nel bilanciamento fra l'interesse alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale e la libertà di iniziativa economica, da una parte, e l'interesse alla libera concorrenza, dall'altra, debba prevalere questo ultimo, nel caso in cui il rifiuto di licenza ostacoli lo sviluppo di un mercato secondario anche solo potenziale e determini un pregiudizio per i consumatori.

Perché il comportamento del titolare del diritto di esclusiva possa essere sanzionato, oltre al rifiuto ingiustificato ed alla monopolizzazione del mercato a valle, occorre, pertanto, che l'impresa concorrente si proponga di offrire sul mercato prodotti o servizi nuovi; che il titolare del diritto d'autore non offra tali prodotti o servizi; che per tali prodotti esista, una domanda, anche solo potenziale, da parte dei consumatori⁴⁹.

Il ricorso alla dottrina dell'*essential facility* in casi nei quali l'impresa ritenuta dominante sia titolare di diritti di proprietà intellettuale ha incontrato le critiche di quanti ritengono che tale teoria produca l'effetto di limitare la propensione all'innovazione, riducendo i vantaggi che derivano dalla titolarità di diritti esclusivi a chi sostiene ingenti investimenti in ricerca e innovazione⁵⁰. Con riguardo al diritto d'autore, poi, sono ancora maggiori le resistenze all'applicazione della dottrina in parola, che in pratica si sostanzia nell'imposizione di un obbligo di licenza a carico del titolare del diritto, il quale in tal modo si vede privato non soltanto della facoltà di scelta del contraente e di determinazione delle condizioni contrattuali, ma anche della possibilità di negoziare separatamente le singole facoltà concesse dal diritto d'autore⁵¹.

primo grado, il quale, prima aveva ordinato la sospensione dell'esecuzione della decisione n. 2002/165/Ce con ordinanza del 26 ottobre 2001 (causa n. T-184/01, *IMS Health c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 3193), poi confermata con ordinanza del Presidente della Corte dell'11 aprile 2002 (causa n. C-481/01, *NDC Health c. IMS Health e Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3401). Con decisione n. 2003/741/Ce del 13 agosto 2003 (COMP D3/38.044 – *NDC Health/IMS Health: misure provvisorie*, in *Guce* n. L 268 del 18 ottobre 2002, p. 69), la Commissione, infine, aveva revocato la propria decisione n. 2002/165/Ce, essendo venute meno le ragioni di urgenza.

⁴⁹ Punti 48 e 49.

⁵⁰ Vedi J. TEMPLE LANG, *The application of the essential facility doctrine to intellectual property rights under European competition law*, Atti della conferenza *Antitrust, Patent & Copyright*, Parigi, 15-16 gennaio 2004. L'Autore osserva come «compulsory licencing would convert intellectual property from an important competitive asset into a mere income-generating financial investment, and would deprive the owner of the power to use the right for its own industrial or commercial needs». Così anche J. G. SIDAK - ABBOTT B. LIPSKY JR. JR., *Essential Facilities*, cit. supra, nota 38; P. AREEDA, *Essential Facilities*, cit. supra, nota 38.

Per le stesse ragioni si ritiene che la dottrina dell'*essential facility* vada applicata nel campo dei diritti di proprietà intellettuale con estrema cautela. In uno studio dell'OECD sui rapporti fra proprietà intellettuale e concorrenza (*Competition policy and intellectual property rights*, OECD, 1998) è stato osservato che «though there can be cases where abuse of dominance laws should be applied to IPR and companies forced to license their technology or reduce their royalty charges, such actions bear a high potential cost in terms of reducing incentives to innovate and should be used sparingly».

⁵¹ Vedi M. RICOLFI, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, 4-5, p. 149, D. SARTI, *Antitrust e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1995, IV, p. 105.

Rispetto a tali considerazioni, tuttavia, il caso in cui la condotta abusiva sia collegata alla titolarità di diritti esclusivi da parte di soggetti pubblici rappresenta una ipotesi del tutto peculiare, infatti, qualora ad elaborare o raccogliere informazioni sia un ente pubblico e lo faccia in adempimento di uno specifico compito assegnatogli dalla legge, ricorrendo alle risorse erariali, non potrebbe affermarsi che questo abbia sostenuto un investimento rilevante finalizzato ad ottenere l'esclusiva, o che non avrebbe compiuto tale investimento in assenza del vantaggio conferito dal diritto d'autore. Dunque, in questa ipotesi, l'eventuale imposizione di un obbligo di licenza non produrrebbe l'effetto di disincentivare l'innovazione⁵².

Ove, al contrario, l'ente pubblico operi sul mercato facendo esclusivo ricorso ai ricavi ottenuti attraverso la commercializzazione delle proprie informazioni, la necessità di limitare l'applicazione della dottrina in parola tornerebbe a proporsi.

4. *Segue: L'accesso alle banche dati del settore pubblico*

Il rischio della formazione di una posizione dominante o di un monopolio di fatto da parte del settore pubblico è più frequente allorché un ente gestisca informazioni di carattere empirico raccolte in adempimento ai propri compiti istituzionali e protette dal diritto *sui generis*. In tali casi, infatti, è frequente che proprio il settore pubblico sia l'«*unica fonte*» cui è possibile attingere, o che la raccolta degli stessi dati benché astrattamente possibile, comporterebbe oneri sproporzionati per qualunque impresa concorrente⁵³. Si pensi, per esempio, alle informazioni delle quali dispongono le camere di commercio, che più di una volta sono state oggetto di controversie per il rifiuto da parte del settore pubblico di concederne lo sfruttamento economico a privati o per l'applicazione di condizioni eccessivamente onerose.

In questi casi, come già si è avuto modo di rammentare, il diritto *sui generis* consente al titolare di vietare l'estrazione ed il reimpiego dei dati in mancanza di una esplicita autorizzazione.

La possibilità che tale diritto determinasse la formazione di posizioni dominanti o di monopoli di fatto rispetto a determinati dati aveva preoccupato

⁵² Si vedano in proposito le conclusioni di H. BURKERT alla Conferenza di Stoccolma del 1996 (*Personal Summary of the Conference*, in *Access to public information: A Key to Commercial Growth and Electronic Democracy, Conference – Stockholm 27/28 June 1996*, Bruxelles-Lussemburgo, 1996), ove l'Autore afferma «Within this logic there is no place for copyright for the public sector. Copyright is a time restricted monopoly to encourage creation and or investment. Since the investment is built on a political decision in these cases it does not need market related incitement. This does not exclude, on the contrary we shall need instruments that ensure us about the origin and the integrity of the information we are dealing with. But the economic monopoly of copyright is not an adequate instrument to achieve this goal».

⁵³ V. nota 40.

il legislatore comunitario già al tempo dell'approvazione della direttiva n. 96/9/Ce, nella quale aveva puntualizzato, al *considerando* n. 47, che «al fine di favorire la concorrenza fra i fornitori di prodotti e servizi nel settore del mercato dell'informazione, la protezione sulla base del diritto *sui generis* non deve essere esercitata in modo tale da favorire gli abusi di posizione dominante, con particolare riguardo alla creazione e diffusione di nuovi prodotti e servizi a valore aggiunto di ordine intellettuale, documentale, tecnico, economico o commerciale; che, pertanto, le disposizioni della presente direttiva lasciano impregiudicata l'applicazione delle regole di concorrenza, siano esse comunitarie o nazionali»⁵⁴.

Tanto prima, quanto dopo l'approvazione della direttiva n. 96/9/Ce, del resto, non sono mancati casi nei quali enti afferenti al settore pubblico hanno rifiutato di concedere il diritto di estrazione e reimpiego di informazioni raccolte in banche dati.

In proposito possono citarsi brevemente due casi nazionali: il primo, precedente alla direttiva n. 96/9/Ce, riguarda il procedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 5446 del 6 novembre 1997; sul secondo si è pronunciata Corte Suprema austriaca il 9 aprile 2002⁵⁵.

Nel primo caso⁵⁶ un gruppo di imprese riceveva in esclusiva le informazioni camerali in formato elettronico dalle singole Camere di Commercio e si occupava, da un lato, di costituire delle banche dati unificate che ridistribuiva alle Camere di Commercio e, dall'altro, di offrire sul mercato prodotti informatici a valore aggiunto, basati sulle banche dati costituite attraverso l'elaborazione dei dati camerali. A giudizio dell'Autorità, le società andavano considerate come un'unica entità economica, la quale deteneva una posizione dominante in relazione all'attività di fornitura delle informazioni camerali su supporto informatico. Tale entità costituiva l'unica fonte dei dati grezzi necessari per offrire di prodotti e servizi a valore aggiunto⁵⁷ e sfruttava tale posizione per limitare la concorrenza nel mercato secondario dei servizi e dei prodotti a valore aggiunto. L'Autorità, tuttavia, a seguito dell'istruttoria, ha ritenuto di non applicare alcuna sanzione alle imprese dominanti, in considerazione del fatto che queste avevano modificato spontaneamente le condizioni di accesso ai dati camerali.

⁵⁴ Si veda anche l'art. 13, che afferma: «la presente direttiva non osta all'applicazione delle disposizioni concernenti segnatamente (...) le norme sulle intese e sulla concorrenza sleale, (...)».

⁵⁵ Sentenza dell'*Oberste Gerichtshof* del 9 aprile 2002, disponibile su Internet all'indirizzo <http://www.ivir.nl/files/database/index.html>.

⁵⁶ Vedi diffusamente R. CROCITTO, *Banche dati pubbliche*, cit. *supra*, nota 2.

⁵⁷ L'Autorità ha affermato, in proposito, che «gli archivi elettronici nazionali contenenti le informazioni camerali sono stati realizzati e vengono gestiti, in regime di esclusiva, dalla società Infocamere su incarico delle Camere di Commercio. In ragione di ciò, la società Infocamere è l'unico soggetto che dispone degli archivi nazionali delle informazioni camerali e che può fornire l'accesso agli stessi con modalità informatiche. Pertanto, Infocamere detiene una posizione dominante nel mercato dell'archiviazione e della vendita dell'accesso alle informazioni camerali su supporto informatico».

Anche il caso austriaco riguardava la gestione del registro delle imprese, questa volta offerto in versione *on line* dalla Repubblica austriaca. Un'impresa aveva utilizzato i dati del registro della Repubblica austriaca per aggiornare la propria banca dati. Era stato accertato che si era trattato di una parte sostanziale dei dati e che nessun compenso era stato corrisposto al titolare del diritto *sui generis*. D'altra parte, la Corte Suprema austriaca abbia ritenuto che non fossero applicabili le eccezioni al diritto d'autore previste dal diritto nazionale⁵⁸. La Corte ha, dunque, ritenuto che l'impresa abbia violato il diritto *sui generis* della Repubblica austriaca e le ha inibito di estrarre dati dal registro *on line* senza aver previamente pagato un adeguato compenso al titolare del diritto.

Richiamando la dottrina dell'*essential facility* ed il caso *IMS Health*, la Corte ha aggiunto, tuttavia, che la Repubblica austriaca non avrebbe potuto rifiutare l'estrazione dei dati, né richiedere compensi eccessivamente onerosi, allorché detti dati fossero serviti ad un'impresa per aggiornare una raccolta che, in essenza di aggiornamento, avrebbe potuto perdere il proprio valore economico. Tale pratica, infatti, si sarebbe concretata in un abuso di posizione dominante, attesa l'assoluta impossibilità per l'impresa di ricavare i dati da fonti diverse dal sito *web* della Repubblica austriaca. La Corte, pertanto, ha inibito all'impresa l'estrazione dei dati nella misura in cui tali dati non fossero stati acquisiti dietro il pagamento di un adeguato compenso. Così facendo la Corte ha sostanzialmente imposto una licenza obbligatoria alla Repubblica austriaca.

Entrambi i precedenti sopra citati hanno avuto ad oggetto ipotesi nelle quali il comportamento anticoncorrenziale riguardava l'accesso ad informazioni raccolte dal settore pubblico in ossequio ad una specifica previsione normativa e, poi, riutilizzate nell'ambito di servizi e di prodotti offerti gratuitamente o a pagamento. Questi casi, come si vedrà, rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva sul riutilizzo dei dati pubblici, che imporrebbe all'ente pubblico di concedere il riutilizzo dei dati.

Deve notarsi al riguardo che già nella prima proposta di direttiva relativa alla tutela giuridica delle banche dati⁵⁹, erano previsti alcuni casi di licenze obbligatorie, che furono poi soppressi nel testo definitivo. In particolare, all'art. 8.1 era prevista una clausola limitativa del diritto *sui generis*, basata sulla dottrina dell'*essential facility*, del seguente tenore: «Malgrado il diritto di cui all'articolo 2, paragrafo 5 di impedire l'estrazione ed il reimpiego non autorizzati del contenuto di una banca di dati, se le opere o le materie contenute

⁵⁸ Le eccezioni previste dalla normativa austriaca sul diritto d'autore consentivano la libera riproduzione di informazioni del settore pubblico. La direttiva n. 96/9/Ce, tuttavia, contiene un elenco esaustivo delle limitazioni che gli Stati membri possono introdurre al diritto *sui generis* sulle banche dati (v. art. 9), limitazioni non previste in tale elenco possono riguardare soltanto parti non sostanziali della banca dati.

⁵⁹ COM(92) 24 def. del 13 maggio 1992, in *Guce* n. C 156 del 23 giugno 1992, p. 4.

in una banca di dati messa a disposizione del pubblico non possono essere costituite, raccolte o ottenute indipendentemente da un'altra fonte, il diritto di estrarre e reimpiegare, nella sua totalità o per una parte sostanziale, opere o materie da tale banca di dati per fini commerciali è oggetto di licenza a condizioni eque e non discriminatorie».

L'art. 8.2 aggiungeva, poi, con riferimento alle informazioni del settore pubblico: «Il diritto di estrarre informazioni e reimpiegare il contenuto di una banca di dati è altresì oggetto di licenza a condizioni eque e non discriminatorie se la banca di dati viene messa a disposizione del pubblico da un ente pubblico costituito al fine di raccogliere o divulgare informazioni ai sensi di leggi o regolamenti ovvero a ciò tenuto in forza di un obbligo generale». Con riferimento a tale secondo punto, la relazione introduttiva della proposta chiariva, ancora, che «(...) una base di dati creata ad esempio da un organo di polizia non può essere oggetto di licenze in quanto non è stata resa accessibile al pubblico, mentre una base di dati creata da un'amministrazione nazionale e composta, per esempio, di testi legislativi sarebbe oggetto di licenza qualora i testi non fossero tutelati dal diritto d'autore, qualora la base di dati fosse stata resa accessibile al pubblico e qualora detto ente pubblico avesse l'obbligo specifico o generico di rendere tale informazione accessibile. Qualora l'organo pubblico in questione avesse agito come un'impresa del settore privato commercializzando le proprie basi di dati pur non avendo l'obbligo di farlo, verrebbero applicate le disposizioni dell'articolo 8, paragrafo 1, in quanto la base di dati potrebbe comunque rappresentare l'unica fonte per l'informazione in questione».

È chiaro che, dietro le disposizioni in parola, proposte nell'ormai lontano 1992, vi fosse la medesima *ratio* che ispira oggi le norme della direttiva sul riutilizzo delle informazioni pubbliche. Quelle disposizioni, tuttavia, non furono approvate dal Consiglio e la Commissione modificò la proposta, così che nella normativa in vigore non sono previsti casi di licenze obbligatorie.

La lacuna normativa, sanata in parte dalla giurisprudenza e dalle pronunce delle autorità nazionali, ha determinato la necessità del nuovo intervento comunitario, che ha inteso scongiurare la possibilità che si verificano situazioni simili a quelle richiamate.

5. *Segue*: Sfruttamento economico dell'informazione e diffusione della conoscenza

Come si è osservato in precedenza, il legislatore comunitario ha ritenuto di evitare l'introduzione di regole che potessero modificare le disposizioni nazionali in materia di accesso alle informazioni del settore pubblico.

La regolamentazione dello sfruttamento economico dell'informazione pubblica, tuttavia, produce inevitabilmente degli effetti sulla diffusione di tali

informazioni. Per questo nella fase di approvazione della direttiva diversi soggetti si erano pronunciati per un intervento maggiormente incisivo, auspicando che fosse introdotto un dovere di promozione attiva della riutilizzazione delle informazioni da parte degli enti pubblici e che fosse garantito l'accesso libero e la libera riutilizzazione, quanto meno, dei testi ufficiali e delle traduzioni degli stessi⁶⁰.

A seconda delle modalità di gestione e delle condizioni economiche applicate ai privati per il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico, infatti, possono determinarsi effetti diversi sulla diffusione dei dati.

Per ciò che attiene alle modalità di gestione, si potrebbe subordinare la possibilità di riutilizzare le informazioni ad una scelta del singolo ente pubblico, oppure definire criteri prestabiliti, prevedendo, ad esempio, che tutti i documenti cui sia consentito l'accesso siano anche riutilizzabili.

In relazione ai criteri di tariffazione, invece, sarebbe possibile stabilire dei limiti alla discrezionalità dell'ente pubblico nella fissazione del prezzo, ancorando questo ai costi marginali di riproduzione e diffusione sopportati dagli enti o, viceversa, consentire che questi ultimi realizzino degli utili.

Tali opzioni sono state valutate dal legislatore comunitario, che, come si vedrà, ha finito per lasciare ai singoli Stati membri ampi spazi decisionali. È chiaro, tuttavia, che, a seconda di come vengano regolati la gestione dei diritti ed i principi di tariffazione, potranno delinearsi politiche più o meno aperte riguardo alla diffusione delle informazioni del settore pubblico.

Così negli Stati Uniti, presi a metro di paragone dalla Commissione nei propri studi, tali strumenti concorrono a massimizzare la diffusione delle informazioni federali: fin dal 1895, infatti, i testi ufficiali, come tutte le opere del Governo, sono esclusi dalla protezione d'autore⁶¹, con la conseguenza che può essere riutilizzata ogni informazione cui sia consentito l'accesso, versando allo Stato soltanto quanto necessario a tal fine⁶². D'altra parte il *Freedom*

⁶⁰ Nel parere espresso dal Parlamento europeo in prima lettura (in *Gu-Ue* n. C 43 E del 19 febbraio 2004, p. 222) si distingueva fra «informazioni di base», cui doveva essere consentito l'accesso e la libera riutilizzazione ed «altre informazioni» e si affermava che le prime, «relative agli Stati democratici costituzionali, comprendono almeno i testi legislativi e regolamentari, le decisioni giudiziarie e le informazioni di organismi rappresentativi (p. es. le informazioni parlamentari)», l'emendamento proposto andava nella stessa direzione delle *Guidelines*, laddove queste invitavano gli Stati membri ad avvalersi della facoltà di cui all'art. 2.4 della Convenzione di Berna.

⁶¹ In merito al diritto d'autore si legge nel Codice statunitense «Copyright protection under this title is not available for any work of the United States Government (...)» (17 U.S.C. § 105) e, poi, «a "work of the United States Government" is a work prepared by any officer or employee of the United States Government as part of that person's official duties» (17 U.S.C. § 101).

⁶² Ai sensi del *Freedom of Information Act* (5 U.S.C. § 552) le singole amministrazioni possono subordinare l'accesso alle informazioni richieste a tariffe che siano commisurate ai normali oneri (*reasonable standard charges*) di ricerca, duplicazione e disamina, quando le richieste sono effettuate per scopi commerciali; ai normali oneri di duplicazione, quando le richieste sono effettuate per scopi non commerciali da parte di istituzioni educative o scientifiche che non perseguano scopi commerciali, per fini educativi o di ricerca scientifica, ovvero da parte di rappresentanti dei *media*; ai normali oneri di ricerca e duplicazione quando le richieste sono effettuate per scopi diversi dai

of Information Act, che regola l'accesso ai dati pubblici, non richiede che venga dimostrato alcun interesse particolare per ottenere l'accesso e consente di ottenere le informazioni richieste anche in forma elettronica.

All'opposto nel Regno Unito sono coperti dal *Crown Copyright* tanto i testi ufficiali, quanto tutte le opere realizzate o pubblicate da funzionari dello Stato nell'espletamento dei propri doveri⁶³. Alcune opere, poi, possono essere utilizzate gratuitamente a condizione che si citi la fonte, per altre, invece, è necessario stipulare un apposito contratto di licenza⁶⁴. Il solo accesso ai documenti pubblici non consente, pertanto, di riutilizzare gli stessi.

Indipendentemente dalla legislazione nazionale in tema di diritto di accesso, dunque, la protezione delle informazioni del settore pubblico attraverso il diritto d'autore e le condizioni applicate dal titolare del diritto per il riutilizzo, incidono sulla reperibilità e sulla diffusione delle informazioni.

La scelta del regime giuridico delle informazioni del settore pubblico coinvolge anche questioni di finanza pubblica. Nel Regno Unito, infatti, sono molti gli enti pubblici che fanno ricorso alla commercializzazione delle proprie risorse informative per autosostenersi. Negli Stati Uniti, al contrario, si tende a favorire il settore privato per accrescere la diffusione delle informazioni, diversificando le fonti informative, ed incentivare il mercato dei contenuti.

Anche in Italia, i temi in argomento sono stati oggetto di dibattito allorché venne approvata la legge sul diritto d'autore. Tale legge, per consentire agli enti pubblici di recuperare parte delle spese, dispone che alle Amministrazioni dello Stato, alle Province ed ai Comuni, spetta il diritto d'autore sulle opere create e pubblicate sotto il proprio nome e per proprio conto e spese⁶⁵. Sono, invece, esclusi dalla protezione i testi ufficiali nazionali e stranieri e le traduzioni ufficiali degli stessi⁶⁶.

precedenti. Ancora si prevede che i documenti debbono essere forniti senza alcun onere, o comunque a prezzi inferiori a quelli indicati nelle tariffe, ove l'accesso alle informazioni sia richiesto per ragioni di pubblico interesse, in quanto «it is likely to contribute significantly to public understanding of the operations of the government and is not primarily in the commercial interest of the requester».

⁶³ *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988, c. 48, § 163. La norma è oggi giustificata dalla necessità di tutelare l'integrità dei testi ufficiali. Nell'800, invece, furono i numerosi casi di contraffazione, in particolare della cartografia ufficiale, a sollevare il problema della tutela dei documenti ufficiali.

⁶⁴ Nel Regno Unito l'intera materia è stata rivista di recente, a partire dal 1° gennaio 2005, infatti, è entrato pienamente in vigore la nuova disciplina sull'accesso ai documenti pubblici (*Freedom of Information Act, 2000*) e dal 1996 al 1999 è stata rivista la gestione del *Crown Copyright* da parte dell'*Her Majesty Stationery Office* (HMSO), che amministra i diritti che fanno capo alla Regina. Si vedano, in proposito, il Libro Verde *Crown Copyright in the Information Age*, Londra, HMSO, 1996, ed il successivo Libro Bianco *Future Management of Crown Copyright*, Londra, HMSO, 1999.

⁶⁵ La regola venne introdotta originariamente dall'art. 10 della legge 2337 del 1865 e poi trasfusa nell'art. 11 nel testo unico del 1882 (Regio decreto 19 settembre 1882 n. 1012); oggi è contenuta all'art. 11 della legge 22 aprile 1941 n. 633 (si veda, in proposito, M. AMMENDOLA, *Diritto d'autore: diritto materiale*, in L. C. UBERTAZZI - M. AMMENDOLA, *Il diritto d'autore*, Torino, Utet, 1993).

⁶⁶ L. n. 633 del 22 aprile 1941, art. 5.

6. La disciplina introdotta con la direttiva n. 2003/98/Ce. Definizioni e ambito di applicazione

La direttiva n. 2003/98/Ce è stata approvata dopo la seconda lettura del Parlamento europeo, con il quale il Consiglio ha raggiunto un'intesa a seguito di una serie di concertazioni informali.

L'obiettivo e l'ambito di applicazione della direttiva sono definiti al primo articolo. Oltre a dettare un complesso minimo di regole in materia di riutilizzo, la normativa introduce anche degli strumenti pratici per rendere più agevole tale attività. La previsione di tali strumenti è finalizzata a facilitare la conoscenza delle risorse informative disponibili e delle condizioni di riutilizzo, come era richiesto dal Parlamento europeo, dal Comitato economico e sociale e da alcuni degli Stati membri.

Il termine «sfruttamento commerciale», presente nella proposta iniziale, è stato eliminato al fine di comprendere in una sola parola tanto le utilizzazioni dei dati pubblici per fini commerciali, quanto quelle a scopo non commerciale.

Con il termine «riutilizzo» si intende, infatti, «l'uso dei documenti in possesso degli enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti»⁶⁷.

A ciò si è aggiunto per chiarezza che lo scambio di informazioni tra enti pubblici non costituisce riutilizzo allorché avvenga esclusivamente nell'ambito dei compiti di servizio pubblico loro affidati. L'aggiunta non è inutile, infatti, il riutilizzo da parte di enti pubblici è soggetto alle regole della direttiva e, in mancanza della precisazione, si poteva concludere per l'applicazione della direttiva ogni volta che una amministrazione avesse voluto utilizzare documenti provenienti da un'altra per i propri compiti istituzionali.

Oggetto del riutilizzo sono «i documenti» in possesso degli enti pubblici. Nel compromesso raggiunto fra il Parlamento europeo ed il Consiglio si è deciso, infatti, di adoperare il termine «informazione» (già presente nel Libro Verde e nella Comunicazione del 2001) soltanto nel titolo della direttiva ed il termine «documenti» nel resto dell'articolato. La definizione adottata nel testo, tuttavia, rimane di portata ampissima, comprendendo qualsiasi contenuto a prescindere del supporto materiale nel quale è fissato, nonché qualsiasi porzione di tale contenuto⁶⁸.

⁶⁷ Art. 2.4.

⁶⁸ Art. 2, n. 3, della direttiva. La definizione è mutuata dal regolamento n. 1049/2001/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *Guce* n. C 177 del 27 giugno 2001, p. 70, che, all'art. 3, definisce «"documento", qualsiasi contenuto informativo, a prescindere dal suo supporto (testo su supporto cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o

L'adozione di termini diversi nel titolo e nel testo va attribuita al timore espresso da parte di alcuni Stati membri che il termine «informazioni» potesse far ritenere che gli enti pubblici fossero tenuti a creare nuovi documenti sulla base delle singole informazioni richieste dagli interessati. Per scongiurare tale interpretazione il primo articolo fa riferimento ai documenti «esistenti». L'obbligo di creare nuovi documenti è, poi, espressamente escluso dall'art. 5.

Il termine «informazioni» era preferito dal Parlamento europeo per il fatto che non presuppone la relazione con il supporto materiale e che, pertanto, si adatta meglio all'evoluzione tecnologica ed agli obiettivi economici verso i quali è orientata la normativa.

I documenti esclusi dal campo di applicazione della direttiva sono indicati all'art. 1. Fra questi rientrano, anzitutto quelli la cui fornitura esula dai compiti di servizio pubblico degli enti pubblici (tra cui sono compresi i documenti appositamente formati dagli enti pubblici per lo svolgimento di attività commerciali⁶⁹), quelli che sono esclusi dal diritto di accesso sulla base delle normative interne, in particolare per tutelare la sicurezza nazionale o il segreto statistico o commerciale, e i documenti sui quali soggetti terzi rispetto all'ente pubblico detengono diritti d'autore. Ove, pertanto, il diritto sorga in capo all'autore materiale del documento ed il trasferimento all'ente non sia espressamente previsto dalla legge o dal contratto, la direttiva non potrà avere applicazione.

Sono, inoltre, esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva i documenti in possesso di emittenti di servizio pubblico o di società ed organismi da queste controllati, quelli in possesso di istituti di istruzione e di ricerca e quelli detenuti da enti culturali. Ancora, al primo articolo si precisa che la direttiva non incide sulle discipline dell'accesso in vigore negli Stati membri⁷⁰, come anche sulle disposizioni nazionali e comunitarie sulla protezione dei dati personali⁷¹ e sulle convenzioni internazionali sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS) e la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche.

La schiera di destinatari delle disposizioni della direttiva è ampissima, essendovi compresi tutti gli «enti pubblici» e gli «organismi di diritto pubblico» degli Stati membri.

audiovisiva) che verta su aspetti relativi alle politiche, iniziative e decisioni di competenza dell'istituzione».

⁶⁹ L'ente pubblico, in questo caso, ha affrontato un investimento per ottenere il diritto di esclusiva e, pertanto, una limitazione di tale diritto non apparirebbe giustificata. Si veda anche il *considerando* n. 9 della direttiva.

⁷⁰ Art. 1.3 della direttiva.

⁷¹ Art. 1.4 della direttiva.

Il significato di tali termini è rimasto ancorato all'*acquis communautaire* in materia di appalti. La definizione di «ente pubblico» comprende le amministrazioni centrali e locali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni fra tali enti. La definizione di «organismi di diritto pubblico» è mutuata dalla direttiva n. 2004/18/Ce⁷², che identifica tali organismi sulla base della contemporanea presenza di tre requisiti: sono istituiti per soddisfare bisogni di interesse generale di carattere non commerciale o industriale, sono dotati di personalità giuridica e sono controllati dallo Stato o da altri enti o organismi di diritto pubblico, attraverso finanziamenti, controllo di gestione o attraverso la partecipazione maggioritaria negli organi societari⁷³. Sulla nozione di organismi di diritto pubblico esiste anche una copiosa produzione giurisprudenziale, che ne ha definito i contorni nei casi dubbi.

Il *considerando* n. 10 della direttiva, infine, esclude espressamente dall'ambito di applicazione della direttiva le imprese pubbliche.

7. *Segue: Il principio generale*

Diversamente da quanto auspicato dal Parlamento e da alcuni Stati membri, il principio generale della direttiva, fissato dall'art. 3, è quello della non obbligatorietà per gli enti pubblici di concedere il riutilizzo dei documenti.

Tale principio era già previsto nella prima proposta⁷⁴, la Commissione, infatti, dalle reazioni alla Comunicazione del 2001, aveva percepito la difficoltà nel far accettare agli Stati membri la previsione di un obbligo di licenza generalizzato per tutti gli enti pubblici⁷⁵.

A seguito del passaggio della proposta in Consiglio, poi, si è stabilito che siano gli Stati membri a scegliere il regime da adottare e non i singoli enti pubblici. Potranno, dunque, esservi Stati nei quali tutti gli enti pubblici sono tenuti a concedere il riutilizzo di tutti i documenti ai quali concedono l'accesso, Stati in cui sono i singoli enti a stabilire se i propri documenti sono riutilizzabili o meno e, almeno in astratto, potranno esservi Stati che preferiscano escludere del tutto la possibilità di concedere che i propri documenti siano riutilizzati. Ove uno Stato membro ritenga di seguire l'ultima opzione le norme della direttiva si applicheranno soltanto ai documenti riutilizzati dallo

⁷² Direttiva n. 2004/18/Ce relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in *Gu-Ue* n. L 134 del 30 aprile 2004, p. 114.

⁷³ Nella direttiva n. 2004/18/Ce sono contenute due liste non esaustive degli enti pubblici coperti dalla definizione (vedi allegati III e IV della direttiva).

⁷⁴ L'art. 3 della proposta si esprimeva nei termini seguenti: «ove gli enti pubblici permettano il riutilizzo di documenti generalmente accessibili, questi possono essere riutilizzati a fini commerciali e non commerciali alle condizioni indicate nei capi II e III».

⁷⁵ Vedi K. JANSSEN - J. DUMORTIER, *Towards a European framework*, cit. *supra*, nota 3.

stesso ente pubblico per prodotti e servizi a contenuto informativo generalmente accessibili, in questa ipotesi, infatti, l'ente non potrà impedirne l'utilizzazione da parte di altri soggetti alle condizioni previste dalla direttiva.

Va rilevato, per altro verso, che la direttiva non chiarisce se il fatto che un documento possa essere oggetto del diritto di accesso, implichi necessariamente che lo stesso sia riutilizzabile.

Sul punto restano vaghi tanto l'art. 3, quanto il testo dei *considerando*⁷⁶ e della relazione allegata alla proposta di direttiva, nella quale, invece, si legge: «l'art. 3 dispone l'applicazione delle condizioni di cui ai capi II e III qualora gli enti pubblici permettano il riutilizzo di documenti in loro possesso. Esso non impone agli enti pubblici di permettere il riutilizzo di documenti specifici, ma gli Stati membri sono invitati a incoraggiare gli enti pubblici a permettere il riutilizzo dei documenti in loro possesso».

Da questi elementi può ricavarsi che il legislatore comunitario abbia inteso piuttosto comprendere nell'applicazione della direttiva tutti i casi nei quali sia lo stesso settore pubblico ad attivarsi per rendere accessibili determinate informazioni.

L'equazione riutilizzo-accesso deve, invece, escludersi negli Stati membri nei quali è necessario dimostrare un interesse specifico ai fini di ottenere l'accesso ai documenti. Tanto nel testo della direttiva, quanto nei *considerando*, è stata, infatti, inserita la clausola che dichiara: «la presente direttiva non si applica nei casi in cui i cittadini o le imprese devono dimostrare, in virtù del regime di accesso, di avere un particolare interesse all'ottenimento dell'accesso ai documenti»⁷⁷.

8. *Segue: Aspetti procedurali e condizioni di riutilizzo*

Per ciò che attiene alla procedura, si prevede che, negli stessi termini previsti dalle normative nazionali per evadere le istanze di accesso, gli enti pubblici provvedano all'esame della richiesta, al rilascio del documento (possibilmente per via elettronica) e, ove necessario, alla predisposizione di una offerta di licenza⁷⁸.

⁷⁶ Il *considerando* n. 9 della direttiva chiarisce che «la (...) direttiva non prescrive l'obbligo di consentire il riutilizzo dei documenti. La decisione di autorizzare o meno il riutilizzo spetta agli Stati membri o all'ente pubblico interessato. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai documenti resi accessibili per il riutilizzo quando gli enti pubblici concedono una licenza in relazione ad informazioni, ovvero vendono, diffondono, scambiano o forniscono le medesime».

⁷⁷ Art. 1.3 e *considerando* n. 9 della direttiva.

⁷⁸ Art. 4 della direttiva.

Ove nell'ordinamento interno non siano previste scadenze per replicare alle istanze di accesso, il termine per l'espletamento di tali operazioni è, comunque, fissato in venti giorni lavorativi, che possono essere prorogati per un periodo analogo nel caso in cui le richieste siano cospicue e complesse. In tal caso il richiedente deve riceverne comunicazione entro tre settimane dalla presentazione dell'istanza.

Le decisioni che negano il riutilizzo dei documenti richiesti devono essere motivate e devono contenere l'indicazione dei mezzi di ricorso. Quando il diniego è motivato dalla presenza di diritti di terzi sul documento richiesto per il riutilizzo, deve essere, inoltre, indicato chi è il titolare dei diritti o da chi l'ente in questione ha ottenuto il riutilizzo.

Per quanto riguarda i supporti e le versioni linguistiche delle informazioni richieste, la direttiva prevede che, ove siano disponibili più versioni dello stesso documento, questo debba essere offerto nella lingua e nel formato domandato dal richiedente. In ogni caso, non può richiedersi che l'ente pubblico adegui i propri documenti o ne crei di nuovi per soddisfare le richieste di riutilizzo. È, altresì, escluso che possa chiedersi agli enti pubblici di continuare a produrre un determinato tipo di documenti per consentire ad altri soggetti di continuare ad utilizzarli per le proprie attività⁷⁹.

La direttiva indica, poi, i principi base per la tariffazione, che sono stati al centro del dibattito fra le istituzioni e fra gli Stati membri. Secondo quanto previsto dalla direttiva, gli Stati o gli enti pubblici possono disporre che non sia richiesto alcun corrispettivo, o che sia necessario pagare per riutilizzare i documenti. Per questo ultimo caso la direttiva indica un limite massimo alle pretese dell'ente pubblico: le entrate complessive che derivano dalla fornitura e dalla concessione dell'uso dei documenti, non devono eccedere il totale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione dei documenti, aumentato di un «congruo utile sul capitale investito»⁸⁰.

Sul punto ha avuto peso la diversità di prassi seguite dagli Stati membri. L'approccio della Commissione era quello di orientare le tariffe ai costi di produzione, diffusione e riproduzione. Come aveva insegnato il confronto con il modello americano, infatti, tariffe poco elevate avrebbero consentito la più ampia diffusione delle informazioni ed i maggiori benefici per la società⁸¹.

⁷⁹ Art. 5 della direttiva.

⁸⁰ Art. 6 della direttiva.

⁸¹ Vedi in tal senso anche la relazione alla proposta di direttiva, nella quale si afferma: «dalla maggior parte delle analisi (...) emerge che i modelli caratterizzati da tariffe contenute offrono i maggiori vantaggi per la società nel suo insieme. In base a un esame dettagliato di varie banche dati sfruttate da enti pubblici, i corrispettivi che si limitano a coprire i costi marginali di riproduzione e diffusione producono di gran lunga il maggiore impatto economico e i maggiori "effetti di benessere"; in particolare, tale modello di tariffazione risulta vantaggioso per le PMI e per le aziende in fase di avvio. Un ulteriore vantaggio rispetto ai modelli di recupero dei costi consiste nel fatto che esso mette le informazioni del settore pubblico a disposizione dei cittadini. Uno studio ha esaminato in modo particolare gli effetti potenziali sul gettito fiscale, arrivando alla conclusione

Si voleva, tuttavia, evitare che enti pubblici che facessero affidamento sulle risorse provenienti dall'attività commerciale, come le *executive agency* britanniche, fossero costretti a rivoluzionare le proprie politiche di tariffazione. Per questo, già nella prima proposta di direttiva si ammetteva l'aggiunta di un utile sul capitale investito. Al tetto massimo indicato dalla Commissione, poi, il Consiglio ha voluto aggiungere che: «l'entità delle tariffe dovrebbe essere determinata dai costi in un periodo contabile adeguato e calcolata conformemente ai principi contabili applicati agli enti pubblici interessati»⁸².

In definitiva si dà la possibilità ai singoli Stati di optare per un modello di tariffazione *low-cost*, che si approssimi ai costi marginali di riproduzione o, all'opposto, per un modello *cost-recovery*⁸³, che tenda al recupero degli investimenti effettuati dall'ente pubblico. L'unica tariffazione vietata è quella assolutamente irragionevole.

La direttiva, inoltre, fa obbligo agli enti pubblici di fissare in anticipo e rendere pubbliche, eventualmente per via elettronica, le condizioni e le tariffe *standard*. Dietro richiesta gli enti dovranno indicare la base di calcolo utilizzata per le tariffe e gli elementi presi in considerazione per il calcolo dei prezzi in caso di richieste atipiche⁸⁴.

Per quel che riguarda le altre condizioni applicate dall'ente nei confronti dei richiedenti, la direttiva dispone che, ove previste, non riducano inutilmente le possibilità di riutilizzo e non vengano adoperate per ridurre la concorrenza. Gli Stati membri e gli enti pubblici sono anche invitati a predisporre ed adottare licenze *standard* uniformi, che possano essere adattate alle particolari esigenze dei richiedenti e che siano disponibili in formato digitale⁸⁵.

Le amministrazioni degli Stati membri dovrebbero, poi, prevedere modalità pratiche per facilitare la ricerca dei documenti riutilizzabili, potendo a tal fine adottare elenchi di documenti accessibili per via elettronica o portali centrali collegati alle singole amministrazioni⁸⁶.

Per tutelare la concorrenza, la direttiva dispone che le condizioni di riutilizzo non diano luogo a discriminazioni tra categorie omogenee di utenti. Il riferimento alle categorie consente alle amministrazioni di praticare la discriminazione dei prezzi per utenti appartenenti a tipologie differenti, come possono essere quelle delle imprese commerciali o, dall'altra parte, dei singoli o degli enti senza fini di lucro.

che l'aumento dell'attività economica risultante da licenze meno costose per il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico ha nell'insieme un effetto positivo per le finanze statali».

⁸² Art. 6 della direttiva. Della tensione fra gli obiettivi della Commissione e le necessità degli Stati membri è rimasta traccia nel considerando 14.

⁸³ Si veda in proposito il punto 4 della relazione illustrativa.

⁸⁴ Art. 7 della direttiva.

⁸⁵ Art. 8 della direttiva.

⁸⁶ Art. 9 della direttiva.

Per scongiurare la possibilità di sussidi incrociati, nel caso in cui i documenti vengano utilizzati da un ente pubblico per attività che ricadano al di fuori dei propri fini istituzionali, dovranno applicarsi le medesime tariffe e le stesse condizioni contrattuali che vengono applicate agli altri utenti⁸⁷.

Ancora per prevenire comportamenti anticompetitivi, la direttiva limita le possibilità di scelta del contraente da parte degli enti pubblici ed introduce un obbligo di licenza per i documenti riutilizzabili ispirato alla dottrina dell'*essential facility*, prevedendo che «i documenti possono essere riutilizzati da tutti gli operatori sul mercato, anche qualora uno o più soggetti stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti».

La seconda parte del periodo citato va oltre la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, come esposto più sopra, per giudicare abusivo il comportamento del titolare dei diritti esclusivi richiede che i prodotti che il concorrente si propone di offrire attraverso la licenza negata non siano già disponibili sul mercato e vi sia una potenziale domanda da parte dei consumatori.

La direttiva, inoltre, fa divieto agli enti pubblici di siglare contratti contenenti clausole di esclusiva⁸⁸. La medesima disposizione introduce, tuttavia, un'eccezione ispirata all'art. 86, par. 2, TCE per l'ipotesi in cui la concessione del diritto esclusivo sia funzionale all'erogazione di un servizio pubblico essenziale. In questo caso la clausola di esclusiva è consentita, ma la fondatezza delle cause che giustificano l'esclusiva deve essere verificata con cadenza almeno triennale. Si prevede, poi, che gli accordi di esclusiva conclusi dopo l'approvazione della direttiva siano trasparenti e siano resi pubblici⁸⁹. Quelli conclusi prima dell'entrata in vigore della direttiva, invece, possono rimanere in vigore al massimo per i cinque anni successivi.

9. Conclusioni. I problemi aperti e le ricadute della direttiva negli ordinamenti nazionali

I risultati conseguiti dalla direttiva riguardano in prevalenza gli aspetti legati alla riutilizzazione economica delle informazioni pubbliche. Tali aspetti sono stati regolati in maniera non dissimile dalla regolazione di altri servizi pubblici, prevedendo una separazione contabile per evitare sussidi incrociati e disciplinando l'accesso all'*essential facility* per contrastare il monopolio di fatto detenuto dal settore pubblico.

⁸⁷ Art. 10 della direttiva.

⁸⁸ Art. 11 della direttiva.

⁸⁹ È stato, invece, cancellato l'obbligo di controllo da parte dell'autorità pubblica.

In questo modo la direttiva ha ripreso alcuni principi che la prima proposta di direttiva sulla protezione delle banche dati anticipava in relazione alle sole opere tutelate attraverso il diritto *sui generis* e li ha estesi a tutti i documenti del settore pubblico.

I problemi che la direttiva lascia irrisolti, invece, sono molteplici. Fra questi, i più rilevanti sono rappresentati dalle questioni che hanno formato la materia principale del dibattito fra le istituzioni: la neutralità della direttiva rispetto al diritto di accesso; il principio di non obbligatorietà per gli enti pubblici di rendere disponibili i documenti per il riuso ed i principi di tariffazione.

Su tali punti – che sono proprio quelli che valgono a connotare la politica dell'informazione di un ordinamento – si origineranno verosimilmente nuove pratiche disallineate fra gli Stati membri. Così, se il modello ideale della Commissione era quello vigente nell'ordinamento nordamericano, che massimizza la diffusione delle informazioni pubbliche combinando assenza di protezione del diritto d'autore, tariffazione al prezzo di costo ed accesso generalizzato ai documenti (federali), difficilmente potrà dirsi che siano stati creati i presupposti per la sua realizzazione in Europa. La direttiva, infatti, lascia ciascuno di questi fattori alla discrezionalità degli Stati membri.

D'altra parte, dietro la spinta delle nuove tecnologie, la scelta della Commissione è stata quella di privilegiare la regolazione dell'aspetto economico dell'utilizzazione delle informazioni pubbliche, abbandonando la prospettiva più ambiziosa di delineare una politica dell'informazione pubblica unitaria e, così, lasciando agli Stati membri ampi margini di manovra nel coordinamento della disciplina armonizzata dello sfruttamento commerciale dei dati con le normative interne in tema di accesso alle informazioni del settore pubblico⁹⁰.

Nel far questo, i singoli Stati potranno adottare politiche profondamente differenti, sarà possibile ispirarsi al modello nordamericano, che considera i due aspetti in un'ottica unitaria ed ha per obiettivo quello della massima diffusione delle informazioni pubbliche; oppure anche mantenere la netta distinzione concettuale esistente negli Stati europei fra la disciplina dell'accesso e quella della riutilizzazione delle informazioni pubbliche, anche subordinando l'accesso ai documenti alla dimostrazione di un interesse specifico, così che la disciplina si applichi soltanto ai documenti riutilizzati dagli stessi enti pubblici, per fini estranei ai propri compiti di servizio pubblico.

Pur nell'approccio minimale seguito dal legislatore europeo, la direttiva ha il merito di sottoporre all'attenzione degli Stati membri un tema importan-

⁹⁰ Nella Comunicazione si leggeva, fra l'altro, che «la proposta di direttiva prospettata dalla Commissione introdurrebbe un livello minimo di armonizzazione, lasciando un notevole margine di manovra ai singoli Stati membri, pur riducendo o addirittura eliminando gli ostacoli a cui sono confrontate le imprese del settore».

te tanto per lo sviluppo del mercato, quanto per estendere la diffusione delle informazioni del settore pubblico.

In futuro saranno le diverse soluzioni adottate dagli Stati membri a dover essere confrontate per individuare i modelli più efficienti e per dare la maggiore diffusione possibile alle migliori pratiche⁹¹.

A tal fine già con la Comunicazione del 2001 è stato costituito un Gruppo di lavoro per la promozione dei dati pubblici digitali⁹². Tale gruppo ha il compito di seguire il processo di trasposizione della direttiva negli ordinamenti nazionali, incoraggiando la diffusione della migliori pratiche e la realizzazione di strumenti in grado di estendere la conoscibilità dei documenti riutilizzabili e la classificazione degli stessi attraverso strumenti informatici.

Proprio in tale ottica comparatistica, possono segnalarsi al legislatore nazionale taluni spunti per ottenere dal recepimento della direttiva i vantaggi da questa prefigurati.

In primo luogo, sarebbe opportuno un adeguamento della disciplina del diritto di accesso alle molteplici raccomandazioni del Consiglio d'Europa, eliminando la necessità di dimostrare l'interesse personale alla conoscenza del documento richiesto⁹³. Tale limite, infatti, sacrifica tanto l'interesse alla trasparenza, quanto quello alla commercializzazione delle informazioni. In secondo luogo deve sottolinearsi l'efficacia del *diversity principle* di ispirazione nordamericana, che estende la possibilità di riutilizzare le informazioni, abbassando i costi e rendendo i privati consapevoli del patrimonio informativo di cui dispone il settore pubblico, così consentendo la massima diffusione delle risorse informative pubbliche.

Infine, sembra una soluzione efficiente quella adottata nel Regno Unito di concentrare in un'unica autorità le funzioni di controllo sull'accesso alle informazioni e sulla protezione dei dati personali⁹⁴. A tali funzioni, potrebbe aggiungersi quella di vegliare sulla corretta applicazione della normativa sul riutilizzo dei dati. I tre profili, infatti, hanno importanti punti di contatto, dal mo-

⁹¹ Ai sensi dell'art. 13 «La Commissione procede al riesame dell'applicazione della presente direttiva anteriormente al 1° luglio 2008 e ne comunica i risultati, con eventuali proposte di modifica della direttiva, al Parlamento europeo e al Consiglio.

Il riesame verte in particolare sull'ambito di applicazione e sull'impatto della presente direttiva, comprese l'entità dell'aumento del riutilizzo dei documenti del settore pubblico, gli effetti dei principi di tariffazione applicati e il riutilizzo di testi ufficiali di carattere normativo e amministrativo, nonché sulle ulteriori possibilità di migliorare il corretto funzionamento del mercato interno e lo sviluppo dell'industria europea dei contenuti».

⁹² V. p. 15 della Comunicazione.

⁹³ La necessità della dimostrazione di «un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» è stata confermata dall'art. 15 della l. n. 15 del 15 febbraio 2005, che ha modificato l'art. 22 della l. n. 241 del 1990.

⁹⁴ In Gran Bretagna tali funzioni competono all'*Information Commissioner* istituito dal *Freedom of Information Act* del 2000.

mento che riguardano tutti le stesse risorse, ora sotto il profilo della diffusione, ora sotto quello della segretezza.

L'adozione degli accorgimenti descritti darebbe slancio all'intervento dei privati ed alla formazione di un mercato delle informazioni, in sintonia con gli obiettivi della Strategia di Lisbona, accrescendo al contempo la quantità di informazioni disponibili⁹⁵.

Giorgio Algozini*

⁹⁵ La direttiva è stata recepita in Italia mentre il presente articolo era in corso di pubblicazione (v. nota n. 3). Il legislatore nazionale ha optato per un approccio minimale, che per lo più ricalca il contenuto della direttiva ed attribuisce ai singoli enti pubblici la scelta dei documenti dei quali consentire il riutilizzo. La definizione delle tariffe sarà, invece, oggetto di specifici regolamenti di attuazione.

* Avvocato in Palermo; Dottore di ricerca in Diritto Comunitario: Organizzazione, Fonti, Attività, presso l'Università degli Studi di Palermo; ex allievo del Collegio europeo di Parma, anno accademico 2000-2001.

DOCUMENTAZIONE

RELAZIONI ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA: LE NORME DELLA COSTITUZIONE EUROPEA

Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*

Titolo V - Azione esterna dell'Unione

- Capo I *Disposizioni di applicazione generale*
- Capo II *Politica estera e di sicurezza comune*
Sezione 1 - *Disposizioni comuni*
Sezione 2 - *Politica di sicurezza e di difesa comune*
Sezione 3 - *Disposizioni finanziarie*
- Capo III *Politica commerciale comune*
- Capo IV *Cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario*
Sezione 1 - *Cooperazione allo sviluppo*
Sezione 2 - *Cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi*
Sezione 3 - *Aiuto umanitario*
- Capo V *Misure restrittive*
- Capo VI *Accordi internazionali*
- Capo VII *Relazioni dell'Unione con le organizzazioni internazionali e i Paesi terzi e delegazioni dell'Unione*
- Capo VIII *Attuazione della clausola di solidarietà*

Capo I - *Disposizioni di applicazione generale* *Articolo III-292*

1. L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale.

L'Unione si adopera per sviluppare relazioni e istituire partenariati con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali, che condividono i

* Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è pubblicato in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004. In argomento v. *infra*, p. 765 ss., il commento di *ELISA BARONCINI*.

principi di cui al primo comma. Essa promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite.

2. L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di:

a. salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità;

b. consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale;

c. preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne;

d. favorire lo sviluppo sostenibile dei Paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà;

e. incoraggiare l'integrazione di tutti i Paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali;

f. contribuire alla messa a punto di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile;

g. aiutare le popolazioni, i Paesi e le regioni colpiti da calamità naturali o provocate dall'uomo;

h. promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale.

3. Nell'elaborazione e attuazione dell'azione esterna nei vari settori compresi nel presente titolo e delle altre politiche nei loro aspetti esterni, l'Unione rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai par. 1 e 2.

L'Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dal ministro degli affari esteri dell'Unione, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine.

Articolo III-293

1. Il Consiglio europeo individua gli interessi e obiettivi strategici dell'Unione sulla base dei principi e obiettivi enunciati all'art. III-292.

Le decisioni europee del Consiglio europeo sugli interessi e gli obiettivi strategici dell'Unione riguardano la politica estera e di sicurezza comune e altri settori dell'azione esterna dell'Unione.

Possono riferirsi alle relazioni dell'Unione con un Paese o una regione o essere improntate ad un approccio tematico. Esse fissano la rispettiva durata e i mezzi che l'Unione e gli Stati membri devono mettere a disposizione.

Il Consiglio europeo delibera all'unanimità su raccomandazione del Consiglio adottata da quest'ultimo secondo le modalità previste per ciascun settore. Le decisioni europee del Consiglio europeo sono attuate secondo le procedure previste dalla Costituzione.

2. Il ministro degli affari esteri dell'Unione, per il settore della politica estera e di sicurezza comune, e la Commissione, per gli altri settori dell'azione esterna, possono presentare proposte congiunte al Consiglio.

IL RUOLO DI ATTORE INTERNAZIONALE DELL'UNIONE NELLA COSTITUZIONE EUROPEA

Sommario: **1.** Introduzione - **2.** La personalità giuridica internazionale dell'Unione - **3.** Gli obiettivi e i principi dell'azione internazionale dell'Unione, fondata sulla cooperazione internazionale, e sulla rigorosa osservanza e sullo sviluppo del diritto internazionale - **4.** La codificazione delle politiche internazionali dell'Unione nel titolo V, parte III, della Costituzione europea - **5.** Il Consiglio europeo e il Presidente del Consiglio europeo - **6.** Il Ministro degli affari esteri dell'Unione - **7.** La rappresentanza esterna dell'Unione - **8.** Il servizio europeo per l'azione esterna (SEAE): un corpo diplomatico per il Ministro degli affari esteri - **9.** La conclusione di accordi internazionali - **10.** La politica estera e di sicurezza comune (PESC) - **11.** La politica di sicurezza e di difesa comune (PESD) **a.** Le missioni Petersberg - **b.** Terrorismo e clausola di solidarietà - **c.** L'Agenzia europea per la difesa - **d.** La clausola di difesa reciproca - **e.** La formula della «coalizione di volontari», la cooperazione rafforzata e la cooperazione strutturata permanente - **13.** La cooperazione con i Paesi terzi e l'aiuto umanitario - **14.** La politica europea di buon vicinato - **15.** Le misure restrittive in materia di politica estera - **16.** Conclusioni - Bibliografia.

1. Introduzione

Tra le sfide poste al processo di integrazione europea dal mondo globalizzato, la Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Europa ha presentato con particolare enfasi quella relativa alla ricerca di soluzioni istituzionali, dunque di organi e procedure, che permettano all'Unione di presentarsi sulla scena internazionale come un attore dotato di piena soggettività, con una propria politica estera e di sicurezza, perfettamente in grado di rivestire il ruolo di una "potenza" stabilizzatrice a livello mondiale, che costituisca al contempo «un faro per molti paesi e popoli»¹.

¹ Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea, 14-15 dicembre 2001. Relazione presentata al Convegno «Una Costituzione per l'Europa» Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, novembre 2004, destinata anche agli atti del Convegno nella pubblicazione A. ZANOBETTI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, 2005.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, elaborato dalla Convenzione europea presieduta da Giscard d'Estaing², modificato e completato dalla successiva Conferenza intergovernativa (CIG), approvato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 18 giugno 2004, ed infine sottoscritto il 29 ottobre 2004 a Roma dai Capi di Stato e di governo e dai Ministri degli Affari esteri dei 25 Paesi membri dell'Unione³, dà non solo una risposta giuridica, ma anche un progetto politico di largo respiro alle esigenze implicate dalla volontà, e dalla necessità⁴, di configurare un ruolo internazionale di primo piano per l'Unione, incentrato sull'approccio integrato alla definizione delle diverse politiche europee di dimensione esterna.

L'obiettivo di dare unità, coerenza e incisività all'azione internazionale dell'Unione viene perseguito, in primo luogo, predisponendo un testo giuridico unico – appunto, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁵ – che va ad avvicinarsi al Trattato che istituisce la Comunità europea e a quello sull'Unione europea, ed eliminando la distinzione tra Comunità ed Unione⁶ con l'integrazione dei pilastri intergovernativi e di quello comunitario ne «l'Unione europea» – anche se permangono procedure e strumenti differenti, una diversità che riflette quanto tradizionalmente viene indicato come metodo intergovernativo e metodo comunitario. Quindi, l'integrazione e l'efficacia della politica esterna europea vengono ricercate predisponendo l'esplicito riconoscimento della personalità giuridica dell'Unione⁷, l'inclusione di tutte le politiche europee di dimensione prettamente internazionale in un unico titolo – il titolo V della parte III – dedicato all'«Azione esterna dell'Unione»⁸, la configurazione degli scopi di tale Azione e la loro collocazione tra i valori e gli obiettivi dell'Unione⁹, il rafforzamento del ruolo del Consiglio europeo

² Per il testo del *Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa* v. il documento CONV. 850/03.

³ *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, CIG 87/2/04, REV 2, Bruxelles, 29 ottobre 2004.

⁴ L'emergere di un ordine mondiale "unipolare" a seguito della caduta del muro di Berlino, incentrato sulla *leadership* globale degli Stati Uniti, infatti, necessita di essere appropriatamente bilanciato per dotare la determinazione delle decisioni internazionali di una adeguata dialettica. Il rafforzamento dell'azione internazionale dell'Unione può, senz'altro, proporsi come elemento di equilibrio di un nuovo ordine mondiale, incentrato sui principi liberali che contraddistinguono Europa e Stati Uniti.

⁵ Cfr. l'art. IV-437 della Costituzione europea, intitolato alla «Abrogazione dei precedenti trattati».

⁶ V. l'art. IV-438, par. 1, della Costituzione, ai sensi del quale: «l'Unione europea istituita dal presente Trattato succede all'Unione europea istituita dal Trattato sull'Unione europea e alla Comunità europea».

⁷ Questo avviene all'art. I-7, il quale sancisce che «l'Unione ha personalità giuridica».

⁸ Si tratta degli artt. III-292 – III-329 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

⁹ Per quanto riguarda i valori dell'Unione, si veda l'art. I-2, per quanto riguarda gli obiettivi dell'Unione con specifico riferimento alle relazioni esterne e, più in generale, agli affari esteri dell'Europa cfr. l'art. I-3, par. 4, della Costituzione. Su tali temi si veda *infra* il par. 3.

congiuntamente all'istituzione della figura permanente del suo Presidente, e la creazione del Ministro per gli affari esteri dell'Unione, coadiuvato da un corpo diplomatico europeo.

2. La personalità giuridica internazionale dell'Unione

Il Trattato costituzionale sancisce a chiare lettere che «l'Unione ha personalità giuridica»¹⁰, chiudendo così, nel modo più deciso, la questione sull'esistenza o meno di una personalità giuridica internazionale dell'ente istituito a Maastricht nel 1992, che non ha certo mancato di esercitare la dottrina, e accogliendo la soluzione di chi, analizzando il rapporto tra personalità dell'Unione europea e della Comunità europea, aveva concluso a favore dell'esistenza di una sola personalità giuridica internazionale, inclusiva delle competenze comunitarie, come di quelle intergovernative.

Dunque, l'Unione può avvalersi di tutti gli strumenti che caratterizzano l'azione internazionale: la conclusione di accordi internazionali – inclusi quelli che comportano la partecipazione ad un'organizzazione internazionale quale membro di quest'ultima, nonché l'adesione a convenzioni internazionali –, il diritto di legazione, la presentazione di reclami dinanzi ad una giurisdizione internazionale, la possibilità di beneficiare di immunità e privilegi collegati allo *status* internazionale¹¹.

Si tratta, indubbiamente, di una scelta di chiarezza e trasparenza da parte della Costituzione, che contribuisce a dare maggior visibilità e ad accrescere la comprensione del fenomeno del processo di integrazione europea sulla scena internazionale.

3. Gli obiettivi e i principi dell'azione internazionale dell'Unione, fondata sulla cooperazione internazionale, e sulla rigorosa osservanza e sullo sviluppo del diritto internazionale

La Costituzione europea stabilisce, a partire dal titolo I della parte I, i valori, gli obiettivi e i principi sui quali l'Europa deve fondare e sviluppare la sua politica estera, predisponendo, così, un quadro unitario e articolato nell'ambito del quale detta politica può essere definita e continuamente rivista e messa a punto. Dopo avere affermato che «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza,

¹⁰ Art. I-7.

¹¹ V. *Relazione finale del Gruppo III "Personalità giuridica"*, 1 ottobre 2002, CONV 305/02, par. 19.

dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza»¹², il Trattato costituzionale sancisce che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento»¹³, affermando e promuovendo, pertanto, «nelle relazioni con il resto del mondo (...) i suoi valori e interessi»¹⁴. In particolare, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa prevede che l'Unione, in campo internazionale, contribuisca agli obiettivi di «pace, (...) sicurezza, (...) sviluppo sostenibile della Terra, (...) a solidarietà e (...) rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»¹⁵. Quindi, l'art. III-292, la prima delle due disposizioni di applicazione generale che formano il Capo I del Titolo V della Costituzione, articola e precisa gli obiettivi dell'azione internazionale europea¹⁶, incorporando ed ampliando le finalità già codificate nelle politiche esterne dell'Unione europea e della Comunità dei Trattati UE e CE attualmente vigenti¹⁷. E detta disposizio-

¹² Così l'art. I-2, il quale prosegue sancendo che tali valori «sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

¹³ Art. III-292, par. I della Costituzione.

¹⁴ Art. I-3, par. 4.

¹⁵ Art. I-3, par. 4.

¹⁶ «L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni (...) in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: *a.* salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità; *b.* consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale; *c.* preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne; *d.* favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà; *e.* incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali; *f.* contribuire alla messa a punto di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile; *g.* aiutare le popolazioni, i paesi e le regioni colpiti da calamità naturali o provocate dall'uomo» (art. III-292, par. 2).

¹⁷ Cfr., *inter alia*, gli obiettivi enunciati dall'art. 131, par. 1, CE, a proposito della politica commerciale comune («con l'instaurare un'unione doganale fra loro, gli Stati membri intendono contribuire, secondo l'interesse comune, allo sviluppo armonico del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali ed alla riduzione delle barriere doganali»); dall'art. 174, par. 1, CE, sulla politica ambientale («la politica della Comunità in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale»); dall'art. 177, par. 1, sulla cooperazione allo sviluppo («la politica della Comunità (...) favorisce: lo sviluppo economico e sociale sostenibile dei paesi in via di sviluppo, in particolare di quelli più svantaggiati; l'inserimento armonioso e progressivo dei paesi in via di sviluppo nell'economia mondiale; la lotta contro la povertà nei paesi in via di sviluppo»). Infine, si veda anche l'art. 11 UE, in base al quale gli obiettivi prioritari della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione sono: «[la] difesa dai valori comuni, degli interessi fondamentali, dell'indipendenza e dell'integrità dell'Unione conformemente ai principi della Carta delle Nazioni

ne si spinge oltre, richiedendo che i principi e gli obiettivi da essa enunciati vengano rispettati e perseguiti non solo attuando le politiche esterne, ma anche nell'elaborazione degli aspetti internazionali delle altre politiche comunitarie¹⁸. Tale imperativo di unità e coerenza viene rafforzato *a.* dall'ulteriore richiesta, inserita in ogni base giuridica relativa alle relazioni esterne, che la politica in essa contemplata venga condotta «nel quadro dei principi ed obiettivi dell'azione esterna dell'Unione»¹⁹, nonché *b.* dal compito, affidato all'Unione, di «assicura[re] la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche», e, *c.* dal dovere, posto in capo a Consiglio e Commissione, assistiti dal Ministro degli affari esteri dell'Unione, di garantire tale coerenza e di cooperare a tale fine²⁰.

Sempre l'art. III-292 si preoccupa di indicare anche il metodo in base al quale l'Unione ha scelto di proiettarsi all'esterno, operando un forte richiamo al principio della cooperazione internazionale – il quale è poi diretta conseguenza della prescrizione «alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale» che, lo si è visto, deve connotare l'Azione esterna europea. L'Unione, pertanto, «opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali»; «si adopera per sviluppare relazioni e istituire partenariati con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali, che condividono i principi [della sua azione internazionale]»; «promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite». In sostanza, la Costituzione prevede per l'Azione esterna europea un'impostazione costantemente volta al rinsaldamento di «un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale»²¹.

Tali obiettivi e principi di *governance* per l'Azione esterna europea riprendono e rafforzano la ben nota impostazione della Corte di giustizia con riferimento al rapporto tra diritto internazionale e ordinamento comunitario. La Corte ha più volte ribadito che «le competenze della Comunità devono ve-

Unite; [il] rafforzamento della sicurezza dell'Unione in tutte le sue forme; [il] mantenimento della pace e [il] rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne; [la] promozione della cooperazione internazionale; [lo] sviluppo e [il] consolidamento della democrazia e dello stato di diritto, nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»).

¹⁸ «Nell'elaborazione e attuazione dell'azione esterna nei vari settori compresi nel presente titolo [il V della parte III] e delle altre politiche nei loro aspetti esterni, l'Unione rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai paragrafi 1 e 2» (art. III-292, par. 3, della Costituzione europea).

¹⁹ Cfr. l'art. III-294, par. 1, per la politica estera e di sicurezza comune; l'art. III-316, par. 1, per la cooperazione allo sviluppo; l'art. III-319 per la cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi; l'art. III-321, par. 1, per la politica di aiuto umanitario.

²⁰ Si veda l'art. III-292, par. 3.

²¹ Art. III-292, par. 2 *h.*

nir esercitate nel rispetto del diritto internazionale»²². Ad esempio, quando ha dovuto applicare il principio di proporzionalità per valutare la legittimità *a.* del regolamento Cee n. 990/93, con il quale si dava attuazione alle sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per porre termine al conflitto nei Balcani, e *b.* dei relativi provvedimenti di esecuzione degli Stati membri, la Corte stabilito che occorre tener conto dell'«interesse generale fondamentale» della Comunità internazionale, «consistente nel porre fine allo stato di guerra nella regione interessata nonché alle massicce violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto umanitario internazionale nella Repubblica di Bosnia-Erzegovina»²³, una valutazione costante allorché si tratta di operare il bilanciamento tra l'importanza degli obiettivi perseguiti dai regolamenti relativi alle sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza, adottate per porre termine a sanguinosi conflitti utilizzando la leva di una forte pressione economica, e le conseguenze negative suscettibili di prodursi per alcuni privati²⁴.

Ovviamente, la codificazione delle finalità della politica estera europea operata dalla Costituzione dà vigore ai giudici comunitari allorché debbano adoperarsi per garantire la coerenza tra diritto europeo e diritto internazionale, anche se tale conclusione deve essere "tarata" alla luce della limitazione che l'art. III-376, comma 1, pone in capo alla Corte, escludendo dalla sua giurisdizione le questioni PESC e PESD²⁵, ma anche alla luce del potere dei giudici di Lussemburgo di controllare il rispetto delle procedure e la portata delle attribuzioni delle istituzioni che la Costituzione prevede per l'esercizio delle altre competenze dell'Unione – dunque, le competenze esclusive, concorrenti, di coordinamento delle politiche economiche e occupazionali, di sostegno, di coordinamento o di complemento. L'art. III-308²⁶, infatti, ricalca l'art. 47

²² Sentenze della Corte di giustizia del 24 novembre 1992 in causa n. C-286/90, *Anklagemyndigheden c. Peter Michael Poulsen e Diva Navigation Corp.*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6019, punto 9; del 16 giugno 1998 in causa n. C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655, pt. 45.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 1997 in causa n. C-177/95, *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd c. Prefetto della Provincia di Brindisi e altri*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1111, punto 38; v. anche sentenza del 30 luglio 1996 in causa n. C-84/95, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3953, punto 26.

²⁴ In proposito si veda ordinanza della Corte di giustizia del 13 novembre 2000 in causa n. C-317/00 P(R), *"Invest" Import und Export GmbH e Invest Commerce SARL c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9541, punto 60.

²⁵ «La Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente riguardo agli articoli I-40 e I-41, alle disposizioni del titolo V, capo II relative alla politica estera e di sicurezza comune e all'articolo III-293 per quanto riguarda la politica estera e di sicurezza comune». Art. III-376, comma 1.

²⁶ L'art. III-308 recita che «l'attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dalla Costituzione per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli articoli da I-13 e I-15 e all'articolo I-17». A loro volta, le disposizioni appena citate riguardano i settori di competenza esclusiva (art. I-13); i settori di competenza concorrente (art. I-14); il coordinamento delle politiche economiche e occupazionali (art. I-15); e i settori delle azioni di sostegno, di coordinamento o di complemento (art. I-17).

UE²⁷, la disposizione sulla quale la Corte e il Tribunale hanno costruito la loro competenza «ad effettuare l'esame del contenuto di un atto adottato nell'ambito del Trattato UE al fine di verificare se tale atto non pregiudichi le competenze della Comunità»²⁸.

4. La codificazione delle politiche internazionali dell'Unione nel titolo V, parte III, della Costituzione europea

Come si è già accennato, la Costituzione accorpa in un'unica sezione – il titolo V della parte III, intitolato all'«Azione esterna dell'Unione» – tutte le politiche a carattere prevalentemente internazionalistico (politica estera e di sicurezza comune (PESC), politica di sicurezza e di difesa comune (PESD)²⁹, politica commerciale comune, cooperazione allo sviluppo e aiuto umanitario, cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi, attuazione della clausola di solidarietà), la procedura di conclusione degli accordi e quella per l'adozione di sanzioni economiche, nonché le regole sui rapporti con le organizzazioni internazionali e sulle delegazioni dell'Unione nei Paesi terzi o presso i suddetti enti intergovernativi. Si rende, così, visibile che la "politica estera" e le "relazioni esterne" – espressioni che solo nel gergo di Bruxelles assumono un significato diverso, indicando il secondo pilastro oppure quello comunitario – certo non sono attività indipendenti l'una dall'altra.

Naturalmente, la razionalizzazione espositiva che si è appena sottolineata non è sufficiente, di per sé, a creare una dimensione unitaria dell'attività internazionale dell'Unione. Per realizzare quest'ultima, occorre accompagnare la codificazione di obiettivi e principi, e la comune allocazione delle politiche esterne europee, con un'appropriata struttura istituzionale e adeguati strumenti normativi. Per assicurare non solo la coerenza, ma anche l'integrazione dell'attività internazionale dell'Unione, il Trattato costituzionale ha scelto di potenziare il Consiglio europeo, e di creare due nuove figure istituzionali, il Presidente permanente del Consiglio europeo, ma, soprattutto, il Ministro degli affari esteri dell'Unione.

²⁷ Ai sensi del quale «nessuna delle disposizioni del [Trattato UE] pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee, né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati».

²⁸ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 7 giugno 2004 in causa n. T-338/02, *Segi, Aritz Zubimendi Izaga, Aritza Galarraga c. Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 41; v. anche sentenze della Corte di giustizia del 14 gennaio 1997 in causa n. C-124/95, *Centro-Com*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 81, pt. 24 e del 12 maggio 1998 in causa n. C-170/96, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2763, punto 17.

²⁹ Nonostante l'acronimo risultante dalla nuova espressione «politica di sicurezza e di difesa comune» sia «PSDC», nel presente lavoro si è deciso di utilizzare quello corrispondente alla espressione precedente (politica europea di sicurezza e di difesa, PESD), conformemente a quanto accade nei lavori di dottrina italiana, anche per evidenti esigenze di semplificazione di pronuncia.

5. Il Consiglio europeo e il Presidente del Consiglio europeo

Dopo avere inserito il Consiglio europeo nel quadro istituzionale dell'Unione³⁰, la Costituzione ne rafforza considerevolmente il ruolo nella formazione della politica esterna europea, facendone l'istituzione preminente nella costruzione di un approccio unificato alle relazioni internazionali dell'Unione. Ai sensi dell'art. III-293, infatti, il Consiglio europeo è competente ad individuare gli interessi e gli obiettivi strategici dell'Unione, attraverso lo strumento della «decisione europea»³¹. Quest'ultima può avere ad oggetto non solo i temi PESC, ma anche gli altri settori dell'azione esterna dell'Unione; può "riferirsi alle relazioni dell'Unione con un paese o una regione o essere improntat[a] ad un approccio tematico"; inoltre, può fissare «la (...) durata e i mezzi che l'Unione e gli Stati membri devono mettere a disposizione»³². Le decisioni europee di cui all'art. III-293 sono deliberate all'unanimità dal Consiglio europeo, «su raccomandazione del Consiglio adottata da quest'ultimo secondo le modalità previste per ciascun settore»³³. Il Trattato costituzionale, pertanto, sposta l'equilibrio istituzionale nella definizione delle strategie dell'Azione internazionale europea in senso chiaramente intergovernativo, poiché pone in capo al Consiglio europeo non solo il potere di forgiare la PESC, ma anche le politiche esterne attualmente espressione del pilastro comunitario.

Il Presidente del Consiglio europeo è eletto da quest'ultimo a maggioranza qualificata per un periodo di due anni e mezzo, un mandato rinnovabile una volta. Tale carica istituzionale è nata a seguito della proposta di Francia e Germania del gennaio 2003, nell'intento di ovviare alla frammentazione e alla dispersione della linea ed attività politica europea generate dall'attuale sistema di presidenza a rotazione semestrale dell'Unione, e, soprattutto, con l'obiettivo di trasmettere sul piano internazionale un'immagine unitaria e costante dell'Europa. Si stabilisce, così, che il Presidente del Consiglio europeo deve «assicura[re], al suo livello e in tale veste, la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune, fatte salve le attribuzioni del Ministro degli affari esteri dell'Unione»³⁴. Il Tratta-

³⁰ Si veda l'art. I-19.

³¹ Ai sensi dell'art. I-33, par. 1, «la decisione europea è un atto non legislativo obbligatorio in tutti i suoi elementi». In base ad una lettura sistematica delle definizioni degli strumenti giuridici di cui l'Unione si può avvalere, l'espressione "atto non legislativo" non può intendersi come volto ad indicare una efficacia giuridica meno intensa per le decisioni europee. Infatti, "atto non legislativo" significa semplicemente che lo strumento normativo in questione non è una legge europea o una legge quadro europea, dunque è un'espressione con cui si intende unicamente denotare il processo decisionale attraverso il quale la decisione europea viene posta in essere, che non è quello legislativo ordinario di cui all'art. III-396, ove Parlamento europeo e Consiglio agiscono come co-legislatori, su proposta della Commissione europea.

³² Art. III-293, par. 1, comma 2.

³³ Art. III-293, par. 1, comma 3.

³⁴ Art. I-22, par. 2.

to costituzionale, tuttavia, non specifica le modalità di divisione dei compiti del Presidente del Consiglio europeo e dell'altra sua innovazione istituzionale di rango ministeriale, introdotta sempre per dare una voce comune alla politica internazionale dell'Unione. Prima di provare a tratteggiare dette modalità, però, è necessario presentare la nuova figura del Ministro degli affari esteri dell'Unione, di rilievo centrale per promuovere un'integrazione tra politiche, pilastri, ed anche istituzioni dell'Azione esterna europea.

6. Il Ministro degli affari esteri dell'Unione

Già a pochi mesi dall'attribuzione dell'incarico a Javier Solana di Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune³⁵, la figura istituita dal Trattato di Amsterdam con l'obiettivo di fornire un contributo efficace al problema della rappresentanza unitaria nell'ambito della politica estera dell'Unione, si è osservato che tale carica, anziché migliorare la gestione dell'attività internazionale europea, finiva, in realtà, per evidenziare in modo più marcato la divisione di competenze tra politica estera dell'Unione e politiche esterne della Comunità, una divisione di materie e una frammentazione di processi decisionali e di rappresentanza che non trova riscontro nella politica estera normalmente condotta da uno Stato. La limitazione della competenza dell'Alto rappresentante alla sola PESC non ha certo contribuito a dare spessore all'azione di Solana, che non gestisce direttamente quelli che sono strumenti normalmente utilizzati nell'ambito della politica estera – si pensi alla forza di pressione che possono avere nelle relazioni internazionali le decisioni in materia di politica commerciale, di sviluppo, nonché di aiuto umanitario –, e che, più in generale, dispone di un budget ridottissimo e non ha voce in capitolo nel bilancio comunitario³⁶. Inoltre, la mancanza di potere di iniziativa

³⁵ Contravvenendo a quanto previsto dal Trattato CE (v. l'art. 207, par. 2, il quale prevede che la nomina venga fatta a maggioranza qualificata dal Consiglio dei ministri), il Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999 «ha conferito la nuova carica di Segretario generale del Consiglio e Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune a Javier Solana Madariaga»; quindi, la designazione di Javier Solana è stata oggetto di decisione del Consiglio, che ha ratificato quanto messo a punto nel vertice europeo, definendo anche la data di inizio e la durata del mandato – cfr. la decisione del Consiglio del 13 settembre 1999 concernente la nomina del Segretario generale del Consiglio dell'Unione europea, Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune, in *Guce* n. L 248 del 21 settembre 1999, p. 33. Solana, impegnato quale Segretario generale della NATO a gestire il conflitto in Kosovo, ha poi preso servizio il 18 ottobre 1999.

³⁶ Ad esempio, nel suo intervento al Gruppo di lavoro Azione esterna (Address of Janvier Solana, High Representative for the EU Common Foreign and Security Policy, to the External Action Working Group of the Convention, Brussels, 15 October 2002), Solana volle sottolineare l'esiguità della linea di bilancio PESC per il 2002: «The CFSP budget line for 2002 is not just negligible – it is laughable: 35 MEuro. To make but a few random comparisons with other budget lines, the Community disposes of 12 MEuro to finance twinning (jumelages) of European cities; whereas the EP will spend 29 MEuro for publications and information. No doubt these are useful and justified expenditures, but they highlight the paucity of resources available to the CFSP».

nelle questioni PESC, di fatto, rende difficile all'Alto Rappresentante svolgere il ruolo di elemento di continuità dell'azione internazionale dell'Unione europea, che pur risulta tra i motivi della sua creazione, con la conseguenza che è impossibile raggiungere detta continuità in assenza di una scelta in tal senso della Presidenza di turno. Infine, "Monsieur PESC" non risolve pienamente neppure il problema della rappresentanza esterna dell'Unione. Infatti, l'art. 18 UE stabilisce che sia la Presidenza di turno a rappresentare l'Unione per le questioni PESC e ad esprimere le posizioni comuni presso le organizzazioni e le conferenze internazionali, e rivede la composizione della Troika al fine di garantire che essa rifletta tutti i soggetti competenti in merito all'azione esterna europea³⁷: si tratta di una soluzione per presentarsi sulla scena internazionale che, non individuando una sola ed unica figura, non sempre risulta ben compresa da parte degli Stati terzi.

Nel novembre 2002, nell'ambito del Gruppo di lavoro della Convenzione dedicato all'azione esterna, compare l'idea di creare la funzione del Ministro, contenuta in un documento di lavoro dal titolo «Double Hat», ossia «Doppio cappello», espressione che già sintetizza la formula istituzionale sulla quale si è poi formato il consenso per la creazione della nuova figura³⁸. Alla luce anche della prospettiva dell'imminente completamento del massiccio processo di riunificazione-allargamento, nonché delle accresciute esigenze di iniziative dell'Unione nel campo internazionale, in quel documento si sosteneva la necessità di risolvere il problema di dare una sola voce all'Europa e quello di dotare di maggior coerenza la formulazione e l'attuazione delle decisioni di politica estera dell'Unione. Affrontare questi punti chiave significava metter mano al rapporto tra l'Alto Rappresentante e il Commissario europeo per le relazioni esterne, poiché, al di là degli ottimi rapporti esistenti tra Solana e l'allora Commissario Chris Patten, oggettivamente non si potevano non riscontrare le forti potenzialità di rivalità insite nel meccanismo istituzionale che tuttora contraddistingue l'azione internazionale dell'Europa. Se, da un lato, indubbiamente si conveniva sull'impossibilità di mantenere lo status quo, dall'altro, però, risultava irrealistico prospettare una completa fusione delle due funzioni, vale a dire un identico equilibrio istituzionale nel *policy-making* delle questioni PESC e degli altri temi di politica internazionale. Quindi, il documento di lavoro suggeriva un compromesso, certo non perfetto, ma suscettibile di incontrare il consenso necessario tra gli Stati membri: si trattava di riunire in capo ad un'unica persona entrambe le funzioni – quella di Alto Rappresentante e di Commissario per le relazioni esterne – mantenendo, però,

³⁷ «La Commissione è pienamente associata ai compiti [di rappresentanza della Presidenza di turno]. La Presidenza è assistita in tali compiti, se necessario, dallo Stato membro che eserciterà la Presidenza successiva» (art. 18, par. 4, UE).

³⁸ "Double Hat", Paper presented by Mr Gunter Pleuger, alternate Member of the Convention, Working Group VII – "External Action", Working Document 17, Brussels, 5th November 2002.

separati gli apparati e distinti i meccanismi decisionali. È la formula del c.d. «doppio cappello», che la Relazione finale del Gruppo sull'Azione esterna farà propria³⁹, e che sarà poi trasposta nella Costituzione.

Il «doppio cappello» vuole risolvere il dilemma di realizzare una struttura istituzionale unificata per la politica esterna, preservando, al tempo stesso, la diversità dei processi deliberativi, e, dunque, il diverso peso di Consiglio e Commissione nella formulazione delle politiche estera ed esterne dell'Europa. Viene, così, creata, la carica del Ministro degli affari esteri dell'Unione, che riflette già nella sua procedura di nomina la sua doppia investitura, e, quindi, la sua doppia appartenenza – intergovernativa, e comunitaria. Infatti, il Ministro degli affari esteri è scelto dal Consiglio europeo, che delibera a maggioranza qualificata, con l'accordo del Presidente della Commissione⁴⁰. La nuova figura ministeriale, insieme al Presidente e agli altri membri della Commissione, è poi sottoposta al voto di approvazione del Parlamento europeo⁴¹. Per mettere fine anticipatamente alla permanenza in carica del Ministro degli affari esteri, l'art. I-28 richiede nuovamente l'intervento del Consiglio europeo e del Presidente della Commissione. Inoltre, a seguito delle modifiche concordate durante la Presidenza italiana della Conferenza intergovernativa, la Costituzione prevede ora che il Parlamento europeo, approvando una mozione di censura sull'operato della Commissione, possa far dimissionare quest'ultima, ma, con specifico riferimento al Ministro degli affari esteri, si puntualizza che l'Assemblea possa unicamente richiederli di dimettersi «dalle funzioni che esercita in seno alla Commissione»⁴². Dunque, il Ministro potrà continuare a svolgere le mansioni inerenti alle questioni PESC, in attesa della formazione di una nuova Commissione, una circostanza che è diretta conseguenza dei due distinti ruoli che è chiamato ad esercitare, pur essendo soggetto al dovere di coordinarli e sintetizzarli nella sua persona.

Il ruolo e la posizione del Ministro degli affari esteri nella gestione dell'Azione esterna dell'Unione va ricostruito attraverso la lettura congiunta di disposizioni presenti nella Parte I e nella Parte III della Costituzione. L'art. I-21, par. 2, stabilisce che la nuova figura istituzionale partecipi sistematicamente ai lavori del Consiglio europeo. La presenza costante nell'istituzione che dispone del più alto potere decisionale nelle questioni internazionali, composta, oltre che dal suo Presidente e dal Presidente della Commissione, dai capi di Stati e di Governo degli Stati membri, consente al Ministro, che pure non concorre al processo decisionale del Consiglio europeo, di conoscere le speci-

³⁹ CONV 459/02, *Relazione finale del Gruppo VII "Azione esterna"*, Bruxelles, 16 dicembre 2002, sezione 5.

⁴⁰ Art. I-28, par. 1.

⁴¹ Cfr. l'art. I-27, par. 2.

⁴² Cfr. gli artt. I-26, par. 8, e III-340, comma 2.

fiche esigenze nazionali e gli orientamenti di tale consesso, cognizioni certo essenziali per ben svolgere il suo "doppio incarico," volto a combinare l'inter-governativo e il comunitario, e a raggiungere un approccio globale dell'Unione nei temi di politica estera. L'art. I-28, par. 2, chiama il Ministro a guidare la politica estera e di sicurezza dell'Unione, inclusiva anche della politica di sicurezza e di difesa, precisando che esso «contribuisce con le sue proposte all'elaborazione di detta politica e [alla sua attuazione] in qualità di mandatario del Consiglio». Il potere di proposta che viene, così, conferito al Ministro degli affari esteri permette di dare continuità all'azione esterna europea. Detto potere è condiviso con il potere di iniziativa degli Stati membri, può essere "appoggiato" dalla Commissione⁴³, oppure esercitato congiuntamente a quest'ultima – una "proposta congiunta" che si rende necessaria allorché il Consiglio sia chiamato a deliberare su una questione riconducibile simultaneamente all'ambito PESC e agli altri settori dell'azione esterna⁴⁴. L'unico caso in cui il potere di proposta del Ministro degli affari esteri dell'Unione è esclusivo è allorché questi proponga al Consiglio la nomina di un rappresentante speciale, al quale si conferisce «un mandato per questioni politiche specifiche," da esercitarsi "sotto l'autorità del Ministro»⁴⁵. Sempre nella prospettiva di dare continuità e di indirizzare efficacemente la politica estera europea, è di indubbia importanza la funzione assegnata al Ministro di presiedere il Consiglio affari esteri. La Costituzione, infatti, sviluppa ulteriormente la riforma operata dal Vertice di Siviglia nel giugno 2002 a proposito dell'organizzazione e del funzionamento del Consiglio dei ministri⁴⁶, codificando, accanto alla formazione del Consiglio «Affari generali»⁴⁷, quella del Con-

⁴³ Cfr. l'art. I-40, par. 6, in base al quale «in materia di politica estera e di sicurezza comune, il Consiglio europeo e il Consiglio adottano decisioni europee all'unanimità, salvo nei casi previsti nella parte III. Si pronunciano su iniziativa di uno Stato membro, su proposta del Ministro degli affari esteri dell'Unione o su proposta di quest'ultimo con l'appoggio della Commissione»; l'art. I-41, par. 4, che recita: «le decisioni europee relative alla politica di sicurezza e di difesa comune, comprese quelle inerenti all'avvio di una missione di cui al presente articolo, sono adottate dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta del ministro degli affari esteri dell'Unione o su iniziativa di uno Stato membro. Il ministro degli affari esteri dell'Unione può proporre il ricorso sia ai mezzi nazionali sia agli strumenti dell'Unione, se del caso congiuntamente alla Commissione»; e l'art. III-299, par. 1, il quale stabilisce che «ogni Stato membro, il Ministro degli affari esteri dell'Unione o quest'ultimo con l'appoggio della Commissione [possa] sottoporre al Consiglio questioni relative alla politica estera e di sicurezza comune e presentargli rispettivamente iniziative e proposte».

⁴⁴ «Il Ministro degli affari esteri dell'Unione, per il settore della politica estera e di sicurezza comune, e la Commissione, per gli altri settori dell'azione esterna, possono presentare proposte congiunte al Consiglio» (art. III-293, par. 2).

⁴⁵ Art. III-302.

⁴⁶ V. l'Allegato II, *Misure riguardanti la struttura e il funzionamento del Consiglio*, Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, 13463/02. In tale documento si stabilisce di cambiare la denominazione della formazione «Affari generali» del Consiglio in Consiglio «Affari generali e relazioni esterne», richiedendo che quest'ultimo organizzi i suoi lavori in due sessioni distinte, una dedicata, appunto, agli «Affari generali», l'altra alle «Relazioni esterne».

⁴⁷ «Il Consiglio "Affari generali" assicura la coerenza dei lavori delle varie formazioni del

siglio «Affari esteri», il cui compito è elaborare «l'azione esterna dell'Unione secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo» e assicurare «la coerenza dell'azione dell'Unione»⁴⁸. Pur non disponendo del diritto di voto, la presidenza stabile del Consiglio affari esteri attribuisce al Ministro un ruolo strategico per l'azione esterna europea. Infatti, la nuova carica avrà il potere di preparare l'agenda dei lavori del Consiglio – che tratterà la PESC, la PESD, la politica commerciale, la cooperazione allo sviluppo e gli aiuti umanitari – e di convocarne una riunione straordinaria per motivi urgenti⁴⁹.

Ma il Ministro degli affari esteri dell'Unione è anche, come si è accennato, membro della Commissione, e dunque espressione dell'interesse comune rappresentato da tale istituzione. In particolare, poiché egli deve vigilare «sulla coerenza dell'azione esterna dell'Unione», la Costituzione gli ha attribuito anche la funzione di vicepresidente della Commissione, in base alla quale eserciterà le «responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne» e dovrà coordinare gli «aspetti dell'azione esterna dell'Unione»⁵⁰. Allorché agirà nella veste di vicepresidente della Commissione, il Ministro dovrà attenersi «alle procedure che regolano il funzionamento della Commissione». Tuttavia, la Costituzione prevede un'espressa eccezione a tale dovere, così come a quelli di piena indipendenza e di non sollecitare o accettare istruzioni da alcun governo, istituzione, organo o organismo, doveri che contraddistinguono la Commissione e i suoi membri. Infatti, gli artt. I-26, par. 7, e I-28, par. 4, escludono tali obblighi allorché vadano ad incidere sull'investitura "intergovernativa" ricevuta dal Ministro, dunque allorché egli eserciti le sue prerogative nelle questioni PESC, o presieda il Consiglio affari esteri.

Per quanto riguarda l'accesso ai finanziamenti, la Costituzione assegna al Ministro un importante ruolo nella definizione del «fondo iniziale costituito da contributi degli Stati membri», predisposto per i preparativi delle missioni PESD – di cui agli artt. I-41, par. 1, e III-309, par. 1 – che non sono a carico del bilancio dell'Unione. Le modalità di formazione, finanziamento, gestione e controllo di tale «fondo iniziale» sono adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta del Ministro degli affari esteri. Il Consiglio autorizza poi quest'ultimo a ricorrere al fondo, e gli richiede di riferire sul suo utilizzo⁵¹. Attraverso questo spedito meccanismo di finanziamento, la Costituzione intende rispondere ai ritardi nell'avvio di un'operazione PESD dovuti all'impossibilità

Consiglio. Esso prepara le riunioni del Consiglio europeo e ne assicura il seguito in collegamento con il Presidente del Consiglio europeo e la Commissione» (art. I-24, par. 2).

⁴⁸ Art. I-24, par. 3.

⁴⁹ «Nei casi che richiedono una decisione rapida, il ministro degli affari esteri dell'Unione convoca, d'ufficio o a richiesta di uno Stato membro, una sessione straordinaria del Consiglio, entro un termine di quarantotto ore o, in caso di emergenza, entro un termine più breve» (art. III-299, par. 2).

⁵⁰ Art. I-28, par. 4.

⁵¹ Art. III-313, par. 3.

di reperire fondi tempestivamente, circostanza ovviamente estremamente negativa se si intende affrontare con efficacia una crisi internazionale.

7. La rappresentanza esterna dell'Unione

Con riferimento alla rappresentanza esterna dell'Unione, la Costituzione tenta, indubbiamente, di limitare le dimensioni dell'enigma che, spesso, il sistema CE/UE viene a rappresentare per i terzi – Stati e organizzazioni – che con esso scelgano e/o debbano rapportarsi. Il Trattato costituzionale mostra di voler superare la connotazione "multicefala" che, attualmente, contraddistingue la presenza dell'Europa sul piano internazionale avvalorando, ancora una volta, la figura del Ministro degli affari esteri, chiamata a "rilevare" i compiti attualmente svolti dalla Presidenza semestrale di turno dell'Unione e dalla troika. Il Ministro, infatti, deve rappresentare l'Unione «per le materie che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune», e, a tale fine, «conduce, a nome dell'Unione, il dialogo politico con i terzi ed esprime la posizione dell'Unione nelle organizzazioni internazionali e in seno alle conferenze internazionali»⁵².

Per quanto riguarda, in particolare, le relazioni con le organizzazioni internazionali, l'art. III-327 stabilisce che «l'Unione attua ogni utile forma di cooperazione con gli organi delle Nazioni Unite e degli istituti specializzati delle Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici», e che, inoltre, essa «assicura (...) i collegamenti che ritiene opportuni con altre organizzazioni internazionali». Tali forme di cooperazione e collegamenti devono essere realizzati dal Ministro e dalla Commissione. Con riferimento al Consiglio di sicurezza, laddove l'Unione abbia definito una posizione su uno dei temi trattati da tale organo, l'art. III-305, par. 2, richiede agli Stati membri che ne facciano parte di far sì che la posizione dell'Unione sia presentata dal Ministro degli affari esteri.

L'art. III-328 ridefinisce le 128 delegazioni esterne della Commissione nei paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali⁵³, nonché gli uffici di New York e di Ginevra del Consiglio ufficialmente accreditati presso le sedi in loco della Commissione, come le "delegazioni dell'Unione", con il compito di assicurare la rappresentanza dell'Unione, e le pone «sotto l'autorità del Ministro degli affari esteri». Si tratta di una razionalizzazione e di un conferi-

⁵² Art. III-296, par. 2.

⁵³ Più precisamente, le delegazioni della Commissione presso i Paesi terzi sono centoventitre, mentre cinque sono le rappresentanze aperte presso le organizzazioni internazionali (OCSE, OSCE, ONU, OMC).

mento ulteriore di poteri alla nuova figura istituzionale dell'Unione certo non di poco conto, anche se l'esplicazione dei loro effetti e la loro effettiva portata è, ovviamente, collegata alla questione più generale della creazione del corpo diplomatico europeo⁵⁴.

Passando, ora, alla delimitazione dei compiti tra Ministro, Presidente permanente del Consiglio europeo e Commissione sotto il profilo della rappresentanza dell'Unione nelle relazioni internazionali, alla luce di quanto esposto possiamo indicare quanto segue. Relativamente alla suddivisione della rappresentanza dell'Unione nelle questioni PESC tra Presidente del Consiglio europeo e Ministro, possiamo affermare che la distinzione operata dalla Costituzione ricalca il diverso ruolo internazionale che, a livello nazionale, esiste tra Capo del governo e Ministro degli esteri: il Primo ministro interviene solo per suggellare gli impegni internazionali più solenni, o per mettere tutto il peso politico dello Stato che rappresenta nelle iniziative di maggior rilievo; il Ministro degli esteri, invece, essendo il responsabile della politica internazionale del governo, è la presenza e il punto di riferimento costante del proprio Stato per i soggetti terzi.

Riguardo ai rapporti tra Commissione e Ministro, ricordiamo che, in base all'art. I-26, par. 1, l'esecutivo permanente «assicura la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dalla Costituzione». Se, a parole, risulta molto chiaro che la Commissione non potrà rappresentare l'Unione a livello internazionale nelle questioni PESC, e non dovrà interferire nei compiti affidati al Ministro, la traduzione di tutto ciò in pratica è suscettibile di rivelarsi problematica. Risulterà, dunque, centrale che il Presidente della Commissione, dati i suoi poteri di definizione degli orientamenti e dell'organizzazione del Collegio che presiede, e il Ministro trovino un'intesa per lo svolgimento delle loro attività. Perfettamente consapevoli di ciò, nel giugno 2004, dopo la nomina del nuovo Presidente della Commissione per il quinquennio 2004-2009, José Manuel Durão Barroso, e il rinnovo a Javier Solana del mandato di Alto Rappresentante per la PESC, i Capi di Stato e di governo dell'Unione europea, «in accordo con il Presidente designato della Commissione», hanno deciso che Solana «sarà nominato Ministro degli affari esteri dell'Unione il giorno dell'entrata in vigore della Costituzione». Con questa nomina "anticipata", gli Stati membri hanno voluto impegnarsi a creare le condizioni per una transizione ottimale verso la realizzazione della funzione di Ministro degli affari esteri,

⁵⁴ Si veda in proposito il paragrafo successivo. Comunque, va sottolineato il notevole lavoro attualmente svolto dalle delegazioni della Commissione: esse presentano le politiche dell'Unione, redigono analisi e rapporti sui paesi e sulle organizzazioni presso cui sono accreditate, svolgono negoziati conformemente ai mandati ricevuti, attuano le politiche comunitarie (segnatamente nel settore degli aiuti), e forniscono supporto logistico e assistenza alle altre istituzioni dell'Unione, come l'Alto Rappresentante o il Parlamento europeo.

invitando anche Barroso e Solana «ad organizzare le loro relazioni di lavoro in modo tale da garantire una transizione agevole ed efficiente e ad adottare le misure necessarie a tal fine». Questa "coabitazione anticipata" dovrebbe favorire la definizione di un *modus vivendi* tra Ministro e Commissione per l'espletamento delle rispettive funzioni senza inutili duplicazioni e litigiose sovrapposizioni⁵⁵.

8. Il servizio europeo per l'azione esterna (SEAE): un corpo diplomatico europeo per il Ministro degli affari esteri

Affinché il Ministro degli affari esteri dell'Unione possa realizzare al meglio l'incarico così impegnativo che la Costituzione ha per esso predisposto, tale figura istituzionale dovrà, ovviamente, disporre di un proprio Ministero, che si articoli anche attraverso apposite sedi all'estero. Senza un adeguato quartier generale di funzionari a Bruxelles, una rete di delegazioni esterne presso i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, nonché la possibilità di disporre di inviati speciali, infatti, la carica ministeriale è condannata alla paralisi, poiché sarebbe impossibile per il Ministro concretizzare la vasta attività cui è chiamato. Si è visto che la Costituzione conferma la possibilità di creare rappresentanti speciali dell'Unione, i quali ricevono un mandato per occuparsi di "questioni politiche specifiche" da esercitarsi sotto l'autorità del Ministro⁵⁶. Abbiamo appena illustrato che il Trattato costituzionale implicherà una razionalizzazione delle rappresentanze dell'Unione all'estero e presso le organizzazioni internazionali, ponendole direttamente sotto l'autorità del Ministro. Se, però, i rappresentanti speciali sono una soluzione istituzionale già operante nel quadro della politica estera europea, è tutta da definire l'organizzazione e la composizione delle delegazioni europee esterne. Più in generale, è ancora completamente aperta la questione dell'istituzione di un "corpo diplomatico europeo", formato da personale specializzato, capace di supportare il Ministro con un quadro chiaro e repentino del panorama internazionale, dunque con le analisi indispensabili per elaborare una efficace politica estera. Peraltro, la creazione del «Foreign Office» europeo si presenta come necessaria anche per dare compiutezza alle scelte istituzionali della fusione dei pilastri e del conferimento espresso di personalità all'Unione. Dette scelte, infatti, non possono considerarsi pienamente realizzate laddove non siano inequivocabilmente percepite dai *partner* dell'Unione: presso gli Stati terzi e le princi-

⁵⁵ Consiglio dell'Unione europea, Capi di Stato e di governo, 29 giugno 2004, Comunicato stampa 10995/04 (Presse 214) I. Cfr., in particolare, la «Dichiarazione dei Capi di Stato o di governo sulla transizione verso la nomina del futuro Ministro degli affari esteri dell'Unione europea», adottata dai Capi di Stato e di governo a margine della riunione.

⁵⁶ Cfr. l'art. III-302.

pali organizzazioni internazionali, questo può avvenire solo attraverso un servizio diplomatico comune, rappresentativo dell'unitarietà del soggetto europeo così rinnovato.

La predisposizione di un corpo diplomatico europeo è una necessità che alcuni dei protagonisti della vita europea, in particolare Commissione e Parlamento, e diversi studiosi hanno già segnalato da tempo⁵⁷. Essi sottolineano l'esigenza di una classe di funzionari adeguatamente preparata per far fronte all'aumento esponenziale dei rilevanti dossier internazionali che, ormai da tre lustri, vale a dire dalla caduta del muro di Berlino, interessa l'Europa⁵⁸. Tuttavia, la creazione di una diplomazia europea si è sempre dimostrata un tema politicamente molto sensibile, a causa della tensione tra accezione intergovernativa e comunitaria nella definizione dell'equilibrio istituzionale interno all'istituendo corpo diplomatico europeo. Tale clima è rimasto immutato anche durante i lavori della Convenzione e della CIG, ove la delicatezza della questione ha continuato a rendere impossibile individuare una soluzione esauriente e definitiva da inserire nel testo costituzionale.

Il tema del "ministero del Ministro" è stato sollevato dalla Commissione dinanzi al Gruppo di lavoro dedicato all'Azione esterna dalla Commissione⁵⁹, ma è stato inserito nel testo del progetto costituzionale solo nella fase finale dei lavori della Convenzione, a seguito di un emendamento proposto da Joschka Fischer, il politico tedesco che nel maggio 2003 veniva considerato come probabile futuro Ministro degli affari esteri dell'Unione, e che, evidentemente, intendeva disporre di un servizio diplomatico comune, al fine di non trovarsi a rivestire una carica puramente virtuale⁶⁰. Constatata l'impossibilità di pervenire ad una compiuta trattazione del tema, si è optato per una soluzione interlocutoria. Si prevede, così, la realizzazione di una struttura che, con lessico volutamente neutrale, viene formalmente indicata come «servizio europeo per l'azione esterna» (SEAE), anziché «corpo diplomatico europeo». Pertanto, «nell'esecuzione delle sue funzioni, il Ministro degli Affari esteri dell'Unione si avvale di un servizio europeo per l'azione esterna. Il servizio

⁵⁷ Basti ricordare, oltre alla bibliografia citata in calce al presente lavoro, la relazione dedicata nel 2000 dal Parlamento europeo a questo tema: Parlamento europeo, *Relazione sulla diplomazia comune comunitaria* (Relatore: Gerardo Galeote Quecedo), 24 luglio 2000 (A5-0210/000).

⁵⁸ La caduta del muro di Berlino e il conseguente dissolversi dell'equilibrio bipolare che aveva caratterizzato le relazioni internazionali del secondo dopoguerra non solo liberarono le potenzialità della Comunità rimaste fino a quel momento "relegate", ma anche la costrinsero ad esprimere ed organizzare il suo nuovo ruolo di protagonista della scena internazionale.

⁵⁹ Working Group VII – "External Action", Working Document 55, *Towards the establishment of a common European Diplomacy, Paper by Mr Iñigo Méndez de Vigo*, Member of the Convention, Brussels, 3 December 2002; CONV 839/03, *Servizio comune per l'azione esterna – Contributo dei Signori Barnier e Vitorino, membri della Convenzione*, Bruxelles, 30 giugno 2003.

⁶⁰ *Berlin Rallies Behind Fischer for Top EU Post*, Euobserver.com, 13 maggio 2003; *Costituzione: a Ministro esteri sostegno diplomatico comune*, Comunicato stampa della Presidenza italiana dell'Unione, 27 giugno 2003, in <http://www.italie2003.it>

lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del segretario generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali»⁶¹. Tuttavia, «l'organizzazione e il funzionamento» di tale servizio non sono stabiliti dalla Costituzione, ma vengono rinviati nel tempo, e fatti oggetto di decisione europea del Consiglio, il quale «delibera su proposta del Ministro degli affari esteri dell'Unione, previa consultazione del Parlamento europeo e previa approvazione della Commissione»⁶².

Se Commissione e Consiglio saranno, dunque, codecisori dell'assetto del servizio europeo per l'azione esterna, la Costituzione ha scelto di non assegnare al Parlamento un peso equivalente nel processo decisionale attraverso il quale dovrà essere predisposto l'atto di organizzazione e funzionamento del corpo diplomatico dell'Unione. Infatti, il Parlamento sarà semplicemente consultato, soluzione minimalista per l'Assemblea che, ovviamente, ha parecchio contrariato gli eurodeputati. Il Parlamento, però, non ha mancato di ricordare il suo potere di approvare le spese amministrative di Consiglio e Commissione in quanto autorità di bilancio, e ha, di conseguenza, adottato una Risoluzione sugli aspetti istituzionali del servizio europeo per l'azione esterna dove afferma che «una decisione sull'istituzione del SEAE è possibile soltanto con il suo consenso»⁶³. Pertanto, ben lungi dal rimanere al di fuori dei lavori preparatori del corpo diplomatico dell'Unione, l'Assemblea europea ha già indicato quale sarebbe, a suo avviso, la appropriata composizione e organizzazione del SEAE: occorre una proporzione "corretta ed equilibrata" di funzionari provenienti dalla Commissione, dal Segretariato del Consiglio e dai servizi diplomatici nazionali; il personale del SEAE «dovrebbe essere inquadrato completamente nei servizi della Commissione in termini logistici, amministrativi e finanziari, al fine di evitare che sorga una struttura o un'agenzia autonoma da un punto di vista organizzativo e ampiamente sottratta al controllo politico»; il corpo diplomatico europeo «dovrebbe essere diretto dal Ministro degli affari esteri»; infine, «le delegazioni della Commissione esistenti in paesi terzi e gli uffici di collegamento del Consiglio dovrebbero essere unificati in "ambasciate dell'Unione" [sempre integrate nei servizi della Commissione da un punto di vista amministrativo] ed essere dirette da funzionari del SEAE, soggetti alle indicazioni e al controllo del Ministro degli affari esteri»⁶⁴. Il Parlamento europeo ha, poi, sottolineato l'importanza di

⁶¹ Art. III-296, par. 3.

⁶² Art. III-296, par. 3.

⁶³ B6-0320/2005, *Risoluzione del Parlamento europeo sugli aspetti istituzionali del Servizio europeo per l'azione esterna*, approvata il 26 maggio 2005, par. 1. Si veda anche l'interrogazione orale alla Commissione di Jo Leinen sugli *Aspetti istituzionali del Servizio europeo di azione esterna* dell'11 aprile 2005, n. O-0054/05.

⁶⁴ Cfr. *Parlamento europeo*, Progetto di relazione sugli aspetti istituzionali della creazione di

assicurare uno stretto legame tra le delegazioni esterne dell'Unione e l'Assemblea «nell'ambito della sua responsabilità democratica», ed ha, così, affermato che «sarebbe opportuno garantire che i capi delle delegazioni compaiano regolarmente dinanzi agli organi parlamentari, e comunque prima del loro insediamento, così da garantire il controllo parlamentare»⁶⁵.

Quanto sostenuto dal Parlamento europeo non può essere ignorato da coloro che hanno ricevuto dalla CIG il compito di avviare per tempo i preparativi del corpo diplomatico europeo. Infatti, al fine di permettere al Ministro degli affari esteri di essere pienamente operativo a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, prevista, nell'ipotesi più ottimistica, per il novembre 2006, i firmatari del Trattato costituzionale, nella Dichiarazione relativa all'art. III-296, hanno stabilito che «non appena sarà stato firmato il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il Segretario generale del Consiglio, Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune, la Commissione e gli Stati membri dovrebbero iniziare i lavori preparatori del servizio europeo per l'azione esterna»⁶⁶. All'indomani del 29 ottobre 2004 sono, così, stati avviati i tavoli di discussione tra la *task force* appositamente creata da Solana, la Commissione e gli Stati membri. Il Consiglio europeo ha indicato alcune modalità dei lavori preparatori del SEAE, quali l'individuazione delle questioni chiave, in particolare la portata e la struttura del nuovo servizio; la predisposizione, in sede di Coreper, di «discussioni periodiche» in preparazione dei lavori del Consiglio Affari generali e relazioni esterne per mantenere costantemente aggiornati tutti gli Stati; infine, è stata richiesta all'Alto Rappresentante e alla Commissione l'elaborazione di «una relazione congiunta» sull'andamento dei lavori preparatori per il SEAE «al più tardi per la riunione del giugno 2005» del Consiglio europeo. Quest'ultimo ha, poi, opportunamente sollecitato detti soggetti «ad adottare opportune misure al fine di tenere informato il Parlamento europeo»⁶⁷.

9. La conclusione di accordi internazionali

Per quanto riguarda gli accordi internazionali, l'art. III-323, par. 1, intende codificare la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al *treaty ma-*

un «servizio europeo per l'azione esterna», *Commissione per gli affari costituzionali, Relatore: Elmar Brok, PE 353.532v02-00, 22 febbraio 2005.*

⁶⁵ V. Parlamento europeo, *Progetto di parere della Commissione per gli affari esteri destinato alla Commissione per gli affari costituzionali sugli aspetti istituzionali relativi alla creazione di un Servizio europeo per l'azione esterna*, PE 353.440v01-00, 18.1.2005.

⁶⁶ Cfr. *Dichiarazioni da allegare all'atto finale della Conferenza intergovernativa e atto finale*, CIG87/04 ADD 2 REV ", Bruxelles, 29 ottobre 2004.

⁶⁷ Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 dicembre 2004, Conclusioni della Presidenza, 16238/04, par. 71-73, dedicati al Servizio europeo per l'azione esterna.

king power della Comunità, stabilendo che «l'Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali qualora la Costituzione lo preveda o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dalla Costituzione, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata». L'art. III-323, par. 2, prevede poi che gli accordi conclusi dall'Unione siano vincolanti per le istituzioni dell'Unione e per gli Stati membri.

In merito alla procedura di conclusione, l'art. III-325 conserva e permette la possibilità di rafforzare la connotazione intergovernativa già propria dell'art. 300 CE, anche se elimina le significative differenze che attualmente caratterizzano gli accordi conclusi nell'ambito della PESC e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale –in base alle quali, lo ricordiamo, la Presidenza dell'Unione conduce i negoziati, e, soprattutto, ogni Stato membro ha la possibilità di non applicare un accordo del secondo o del terzo pilastro invocando la necessità del previo esperimento delle proprie procedure costituzionali per la sua approvazione⁶⁸. E' sempre il Consiglio ad autorizzare l'avvio dei negoziati, a definirne le direttive, ad autorizzare la firma e a concludere gli accordi. La raccomandazione per l'apertura dei negoziati può, invece, essere presentata dalla Commissione, oppure, se «l'accordo previsto riguarda esclusivamente o principalmente la politica estera e di sicurezza comune», dal Ministro degli affari esteri dell'Unione. Il Consiglio, nella decisione europea con la quale decide l'apertura delle trattative, «designa, in funzione della materia dell'accordo previsto, il negoziatore o il capo della squadra di negoziato dell'Unione». Dunque, mentre la Costituzione provvede direttamente a configurare il Ministro degli affari esteri come il responsabile della negoziazione degli accordi PESC, in linea con i compiti assegnati alla nuova figura istituzionale, essa, invece, conferisce al Consiglio il potere di scegliere il capofila dell'équipe negoziale dell'Unione in funzione della materia dell'accordo – si pensi, ad esempio, ad accordi in settori molto sensibili come la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia (art. III-270 - 277), rispetto ai quali gli Stati membri in seno al Consiglio potranno preferire dei plenipotenziari di espressione intergovernativa. Inoltre, l'istituzione intergovernativa può anche formare «un comitato speciale che deve essere consultato nella conduzione dei negoziati». Sarà poi su proposta del negoziatore che il Consiglio adotta una decisione europea che autorizza la

⁶⁸ «Quando (...) occorre concludere un accordo con uno o più Stati od organizzazioni internazionali, il Consiglio può autorizzare la presidenza, assistita se del caso dalla Commissione, ad avviare i negoziati a tal fine necessari. Tali accordi sono conclusi dal Consiglio su raccomandazione della presidenza (...). Nessun accordo è vincolante per uno Stato membro il cui rappresentante in sede di Consiglio dichiara che esso deve conformarsi alle prescrizioni della propria procedura costituzionale; gli altri membri del Consiglio possono convenire che nondimeno l'accordo si applichi a titolo provvisorio». Art. 24, par. 1 e 5, UE.

firma, come anche l'applicazione provvisoria dell'accordo prima della sua entrata in vigore, nonché la conclusione dell'accordo.

È necessaria la previa approvazione del Parlamento europeo in cinque casi, vale a dire *a.* per gli accordi di associazione; *b.* per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU); *c.* per gli accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione; *d.* per gli accordi che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione; ed *e.* per gli accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo. Laddove vi sia urgenza, «il Parlamento europeo e il Consiglio possono concordare un termine per l'approvazione».

Nell'ipotesi in cui un accordo non sia riconducibile alla casistica appena illustrata, la partecipazione dell'Assemblea alla sua conclusione avviene attraverso una semplice consultazione. In questo caso, il Parlamento non ha il diritto di concordare con il Consiglio un termine entro il quale dare il proprio parere, ma l'Assemblea sarà tenuta a formularlo «nel termine che il Consiglio può deliberare in funzione dell'urgenza», e, «in mancanza di parere entro detto termine, il Consiglio [potrà] deliberare». Comunque, la Costituzione pone un obbligo di piena informazione del Parlamento europeo: infatti, l'art. III-325, par. 10, stabilisce che l'Assemblea venga «immediatamente e pienamente informat[a] in tutte le fasi della procedura».

È mantenuta la possibilità per il Consiglio di delegare un limitato *treaty making power*: Pertanto, «[a]ll'atto della conclusione di un accordo, il Consiglio (...) può abilitare il negoziatore ad approvare a nome dell'Unione gli adattamenti dell'accordo se quest'ultimo ne prevede l'adozione con una procedura semplificata o da parte di un organo istituito dall'accordo stesso. Il Consiglio correda eventualmente questa abilitazione di condizioni specifiche». Inoltre, viene prevista una procedura ad hoc per definire la posizione dell'Unione nell'ambito degli organi comuni istituiti da un accordo internazionale, laddove detti organi debbano «adottare atti che hanno effetti giuridici, fatta eccezione per gli atti che integrano o modificano il quadro istituzionale dell'accordo».

Infine, l'art. III-325 si chiude con la previsione della facoltà da parte di uno Stato membro, del Parlamento, del Consiglio o della Commissione di chiedere alla Corte di giustizia un parere «circa la compatibilità di un accordo previsto con la Costituzione». Se la Corte di giustizia dà parere negativo, «l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione della Costituzione»⁶⁹. La Convenzione è, così, opportunamente intervenuta sul testo attualmente vigente, il quale richiede, nell'ipotesi in cui i giudici riscontrino l'incompatibilità di un progetto di accordo con il Trattato

⁶⁹ Art. III-325, par. 10.

CE, che si modifichi quest'ultimo in base alla procedura di revisione di cui all'art. 48 UE⁷⁰. Codificando quanto, finora, è sempre accaduto laddove la Corte abbia dato parere negativo⁷¹, l'art. III-325 ora stabilisce che si possano anche cambiare quelle parti del progetto di accordo che entrerebbero in rotta di collisione con la Costituzione, soluzione senza dubbio più realistica. Notiamo che la competenza della Corte ad emanare pareri su progetti di accordo riguarda anche quelli che ricadono nei settori PESC e PESD, benché detti settori siano, in linea di principio, sottratti dalla giurisdizione comunitaria in base all'art. III-376.

Per quanto riguarda la politica commerciale comune, la norma generale della Costituzione sulla procedura di conclusione degli accordi internazionali fa rinvio alle disposizioni particolari di cui all'art. III-315. In quest'ultimo si stabilisce che i negoziati vengano sempre condotti dalla Commissione, alla quale viene, così, affidato il compito di riferire periodicamente «sui progressi dei negoziati» *a.* al comitato speciale designato dal Consiglio per assistere l'esecutivo permanente (si tratta dell'attuale Comitato 133, già Comitato 113), e *b.* al Parlamento europeo⁷². Ma il Trattato costituzionale raggiunge un considerevole progresso sotto il profilo del ruolo e del controllo parlamentare nella politica commerciale comune non soltanto stabilendo il dovere di piena informazione dell'Assemblea appena citato. Si prevede, infatti, che sia «la legge europea [a stabilire] le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune»⁷³. Dunque, il Parlamento europeo parteciperà secondo la procedura legislativa ordinaria di cui all'art. III-396 all'impostazione degli scambi commerciali internazionali. E, relativamente alla conclusione di accordi, l'Assemblea dovrà provvedere alla loro approvazione, poiché la politica commerciale comune è ora ricondotta nei «settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria»⁷⁴. Si tratta di un radicale miglioramento rispetto alla situazione attuale, in cui, formalmente, il Parlamento non partecipa all'adozione delle misure di politica commerciale neppure nella forma di un semplice parere consultivo⁷⁵.

⁷⁰ Cfr. l'art. 300, par. 5, CE.

⁷¹ Con riferimento alle modifiche apportate al progetto di accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) a seguito del primo parere negativo della Corte cfr. pareri della Corte di giustizia n. 1/91 del 14 dicembre 1991, in *Raccolta*, 1991, I, p. 6079, e n. 1/92 del 10 aprile 1992, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2821.

⁷² Art. III-315, par. 3.

⁷³ Art. III-315, par. 2.

⁷⁴ Art. III-325, par. 6, lett. *a.*, punto. *v.*

⁷⁵ Infatti, ai sensi dell'art. 300, par. 3, CE, «il Consiglio conclude gli accordi previa consultazione del Parlamento europeo, salvo che per gli accordi di cui all'articolo 133, paragrafo 3», ossia con l'eccezione degli accordi di politica commerciale comune; e l'art. 133 non prevede alcun ruolo, in generale, per l'Assemblea nella definizione delle misure europee relative agli scambi internazionali, essendo gli atti di carattere unilaterale adottati dal Consiglio, a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione.

Con riferimento alle modalità di voto in seno al Consiglio, la Costituzione osserva il principio del parallelismo delle forme già stabilito a Nizza. In linea di principio, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. Tuttavia, «per la negoziazione e la conclusione di accordi nei settori degli scambi di servizi, degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e degli investimenti esteri diretti, il Consiglio delibera all'unanimità qualora tali accordi contengano disposizioni per le quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di norme interne». Inoltre, è sempre richiesta l'unanimità quando il Consiglio deve deliberare per la negoziazione e la conclusione di accordi «*a.* nel settore degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, qualora tali accordi rischino di arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione» e «*b.* nel settore degli scambi di servizi nell'ambito sociale, dell'istruzione e della sanità, qualora tali accordi rischino di perturbare seriamente l'organizzazione nazionale di tali servizi e di arrecare pregiudizio alla responsabilità degli Stati membri riguardo alla loro prestazione»⁷⁶. Si deve qui sottolineare la particolare connotazione politica del ricorso all'unanimità che contraddistingue questi ultimi due settori. In sostanza, si avrebbero uno o più Stati membri che ritengono che un dato accordo internazionale sui servizi entri in contraddizione con alcuni dei valori fondamentali dell'Unione o di un suo Paese, un'opinione che impone al Consiglio di verificare la sua fondatezza, senza far scattare, automaticamente, un diritto di veto. Pertanto, più che altro, è stato codificato il diritto ad un dibattito razionale, piuttosto che un vero e proprio diritto di veto.

10. La politica estera e di sicurezza comune (PESC)

La Costituzione riconduce anche la PESC nella struttura unitaria che ha predisposto per l'azione esterna europea, mantenendo, però, la natura particolare di tale competenza dell'Unione, come anche la specificità intergovernativa della politica estera europea. Infatti, dopo aver affermato che «l'Unione ha competenza a definire e attuare una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione di una politica di difesa comune»⁷⁷, la Costituzione non riconduce tale competenza né tra quelle esclusive o concorrenti, né alla competenza «per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi (...) loro ... in tali settori»⁷⁸. La PESC è, pertanto, una competenza *sui generis* dell'Unione, il risultato di un continuo sforzo di coordinamento e di convergenza delle politiche estere nazionali. Così si spiega la decisione di fare accompagnare la clausola di

⁷⁶ Art. III-315, par. 4.

⁷⁷ Art. I-12, par. 4.

⁷⁸ Art. I-12, par. 5, cfr. anche l'art. I-17.

lealtà posta in capo agli Stati membri (i quali «sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca e rispettano l'azione dell'Unione in questo settore. Si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell'Unione o tale da nuocere alla sua efficacia»)⁷⁹ con l'obbligo per la stessa Unione di fondare la propria politica estera e di sicurezza comune «sullo sviluppo della reciproca solidarietà politica degli Stati membri, sull'individuazione delle questioni di interesse generale e sulla realizzazione di un livello sempre maggiore di convergenza delle azioni degli Stati membri»⁸⁰. Inoltre, lo strumento normativo attraverso il quale l'Unione può porre in essere la propria politica estera è solo quello della decisione⁸¹. Il trattato costituzionale esclude, così, il ricorso agli strumenti legislativi della legge e della legge quadro europea, assegnando un ruolo chiave al Consiglio europeo e al Consiglio dei ministri, tagliando fuori dal processo decisionale il Parlamento, e comprimendo anche il ruolo della Commissione. La Commissione, infatti, non risulta più «pienamente associata» alle questioni PESC⁸², né abilitata a presentare proposte⁸³, ma potrà solo dare il suo "appoggio" a quanto intrapreso dal Ministro degli affari esteri⁸⁴. Pertanto, essa dovrà puntare molto sul buon rapporto che il Collegio dei commissari e il suo Presidente riusciranno ad instaurare con il capo della diplomazia europea, al fine di apportare il suo contributo alle questioni PESC attraverso l'operato del Ministro, un obiettivo in cui la Commissione evidentemente confida, data la valutazione positiva – di *major achievement* – con la quale ha salutato l'approccio del «doppio cappello»⁸⁵. Il Parlamento, dal canto suo, continua a non avere rilevanza alcuna nell'assunzione di decisioni PESC o PESD. Per esso la Costituzione prevede l'obbligo di consultazione regolare «sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali» della PESC, come anche della politica di sicurezza e di difesa comune, ponendo in capo al Ministro degli affari esteri – attualmente si tratta della Presidenza semestrale dell'Unione – il compito di consultazione nonché il dovere di informazione dell'Assemblea sull'evoluzione della PESC e della PESD⁸⁶. Il Parlamento può, comunque, rivolgere interrogazioni e formulare raccomandazioni al Consiglio e al Ministro degli affari esteri, e, per due volte all'anno, deve procedere «a un dibattito sui progressi compiuti nell'attuazione della politica e-

⁷⁹ Art. I-16, par. 2.

⁸⁰ Art. I-40, par. 1.

⁸¹ Art. I-40, par. 3 e 6.

⁸² Cfr. gli artt. 18, par. 4, e 27 UE.

⁸³ Si veda l'art. 14, par. 4, UE.

⁸⁴ V. gli artt. I-40, par. 6, e III-299, par. 1.

⁸⁵ V. COM(2003)548, *Comunicazione della Commissione sul progetto di Costituzione*, Bruxelles, 17 settembre 2003, par. 18.

⁸⁶ V. gli artt. I-40, par. 8, I-41, par. 8, e III-304, par. 1.

stera e di sicurezza comune, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune»⁸⁷.

In linea di principio, le decisioni sulla PESC sono adottate sempre all'unanimità. La regola dell'unanimità è temperata da diversi elementi di flessibilità, inseriti a partire dal Trattato di Amsterdam, il primo dei quali è la c.d. «astensione costruttiva». È noto che, nel sistema UE, la semplice astensione non impedisce l'adozione di una decisione, che vincola comunque sia gli Stati che abbiano votato a favore che gli Stati che si siano eventualmente astenuti. Nell'ambito della PESC, però, uno Stato membro che motiva la propria astensione dal voto con una dichiarazione formale «non è obbligato ad applicare la decisione europea», anche se deve accettare che questa impegni l'Unione. Lo Stato che decide di avvalersi dell'astensione costruttiva ha, però, l'obbligo, «in uno spirito di reciproca solidarietà», di «astenersi da azioni che possano contrastare o impedire l'azione dell'Unione basata su tale decisione». È evidente che l'obiettivo dell'astensione costruttiva è limitare l'esercizio del diritto di veto, bilanciando la possibilità di pervenire comunque all'unanimità necessaria per adottare una decisione PESC con la possibilità, per chi motiva la propria astensione con dichiarazione formale, di non osservare l'atto alla cui approvazione non ha concorso con il proprio voto positivo. Tuttavia, l'art. III-300, par. 1, della Costituzione ha cura di precisare che la flessibilità dell'astensione costruttiva non può mai andare a discapito dello spirito di mutua solidarietà che deve caratterizzare l'esercizio della PESC. Sotto l'aspetto finanziario, in particolare, ciò vuol dire che lo Stato che si avvale dell'astensione costruttiva dovrà comunque concorrere alle spese della decisione PESC che ha deciso di non votare: infatti, le spese PESC, anche quelle operative, ad eccezione del caso in cui si tratti di azioni aventi implicazioni nel settore militare o della difesa, sono poste a carico del bilancio comunitario. La flessibilità che caratterizza l'astensione costruttiva incontra un limite: laddove i membri che se ne avvalgono «rappresentino almeno un terzo degli Stati membri che totalizzano almeno un terzo della popolazione dell'Unione, la decisione non è adottata»⁸⁸.

Con l'espressa esclusione delle «decisioni che hanno implicazioni militari o che rientrano nel settore della difesa», per le quali è sempre necessario il *consensus* degli Stati membri, la Costituzione introduce due nuove ipotesi di voto a maggioranza qualificata rispetto a quelle attualmente già presenti. Il Consiglio potrà deliberare a maggioranza qualificata su una proposta presentata dal Ministro degli Affari esteri in seguito a una richiesta specifica rivolta a quest'ultimo dal Consiglio europeo di sua iniziativa o su iniziativa dello

⁸⁷ Art. III-304, par. 2.

⁸⁸ Art. I-300, par. 1, comma 2.

stesso Ministro⁸⁹; inoltre, il Consiglio europeo dispone di una sorta di "corsia privilegiata" per aumentare il numero dei casi in cui si può deliberare a maggioranza qualificata, poiché sarà sufficiente una sua decisione all'unanimità che abiliti in tal senso il Consiglio dei ministri⁹⁰.

La Costituzione, comunque, mantiene il c.d. «compromesso di Lussemburgo II» per bilanciare i casi in cui l'Unione può deliberare a maggioranza qualificata nelle questioni PESC, anche se rende più oneroso farvi ricorso. Uno Stato membro potrà dichiarare la sua intenzione di opporsi all'adozione di una decisione a maggioranza, ma non sarà più sufficiente, per lui, addurre "importanti" motivi di politica nazionale, come attualmente prevede il Trattato UE. Secondo la Costituzione, i motivi di politica nazionale per invocare la clausola di salvaguardia dovranno essere "vitali"⁹¹. L'art. III-300, par. 2, assegna al Ministro degli affari esteri il compito di individuare una dimensione unitaria per l'azione esterna dell'Unione: infatti, il capo della diplomazia deve cercare «in stretta consultazione con lo Stato membro interessato, una soluzione accettabile per quest'ultimo». Laddove non si raggiunga nessun risultato a seguito di tali contatti bilaterali, rimane sempre aperta la via multilaterale: «il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo, in vista di una decisione europea all'unanimità».

11. La politica di sicurezza e di difesa comune (PESD)

a. *Le missioni Petersberg*

Le disposizioni specificamente dedicate dalla Costituzione alla politica di sicurezza e di difesa comune riflettono e codificano gli sviluppi avutisi nel settore in oggetto a partire dalla Dichiarazione di Saint-Malo, il documento conclusivo del vertice franco-britannico del 3-4 dicembre 1998 che, di fatto, viene considerato l'evento fondatore della politica europea di sicurezza e di difesa (PESD).

Innanzitutto, vengono riprese ad ampliate – o "attualizzate", secondo la terminologia del gruppo di lavoro «Difesa» –⁹² le competenze dell'Unione a proposito delle c.d. «missioni Petersberg»⁹³, attraverso le quali l'Europa in-

⁸⁹ Art. I-300, par. 2, lett. b.

⁹⁰ Cfr. l'art. I-40, par. 7 e l'art. III-300, par. 3.

⁹¹ «Se un membro del Consiglio dichiara che, per vitali ed espliciti motivi di politica nazionale, intende opporsi all'adozione di una decisione europea che richiede la maggioranza qualificata, non si procede alla votazione» (art. III-300, par. 2).

⁹² Cfr. CONV 461/02, *Relazione finale del Gruppo VII "Difesa"*, Bruxelles, 16 dicembre 2002.

⁹³ Le «missioni Petersberg» sono le operazioni elencate nella Dichiarazione di Petersberg dell'Unione europea occidentale (UEO) del 19 giugno 1992, poi codificate, a seguito della proposta di

tende realizzare una politica efficace di gestione delle crisi esterne. Dopo aver affermato che «la politica di sicurezza e di difesa comune costituisce parte integrante della politica estera e di sicurezza comune», l'art. I-41, par. 1, stabilisce che la PESD deve assicurare «che l'Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari», e che «l'Unione può avvalersi di tali mezzi in missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale». Tali missioni devono essere svolte «conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite», ed eseguite basandosi «sulle capacità fornite dagli Stati membri». Quindi, l'art. III-309 procede ad estendere e precisare notevolmente l'elenco delle missioni Petersberg che attualmente figura all'art. 17, par. 2 UE⁹⁴, pur mantenendone il carattere meramente esemplificativo: infatti, ai sensi di tale disposizione, «le missioni di cui all'articolo I-41, paragrafo 1, nelle quali l'Unione può ricorrere a mezzi civili e militari, comprendono⁹⁵ le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti». In sostanza, la Costituzione fornisce ora una base giuridica che include tutti i passaggi evolutivi realizzati dall'Unione nel settore della PESD, passaggi definiti con l'intenzione di affrontare adeguatamente e stabilizzare le crisi internazionali, e che consistono nell'aver affiancato alla componente militare la componente civile, unitamente a quella della prevenzione dei conflitti. Sotto il profilo delle modalità della loro messa in opera, la Costituzione prevede che le azioni e le missioni PESD siano disciplinate da decisioni europee del Consiglio, che ne fissano «l'obiettivo, la portata e le modalità generali di realizzazione». È, poi, il Ministro degli affari esteri, sotto l'autorità del Consiglio e in

Svezia e Finlandia, da parte del Trattato di Amsterdam, all'art. 17, par. 2, UE. Attraverso tale Dichiarazione, l'UEO si dotava della competenza a porre in essere operazioni militari consistenti in «missioni umanitarie e di soccorso; attività di mantenimento della pace; missioni di unità di combattimento nella gestione di crisi, ivi compreso il ristabilimento della pace».

⁹⁴ Ai sensi di tale disposizione, le questioni PESC «includono le missioni umanitarie e di soccorso, le attività di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento nella gestione di crisi, ivi comprese le missioni tese al ristabilimento della pace». La portata delle missioni Petersberg risulta controversa a causa dell'ambiguità che caratterizza l'espressione «mantenimento della pace» (*peace-keeping*); e, soprattutto dell'ampiezza che è suscettibile di assumere la nozione di «ristabilimento della pace» nella versione inglese di *peacemaking*. Infatti, nell'*Agenda for Peace* delle Nazioni Unite, adottata il 17 giugno 1992 (UN Doc. A/47/277-S/24111 del 17 giugno 1992), dunque poco prima della Dichiarazione UEO, la nozione di *peacemaking* include le operazioni di imposizione coattiva della pace, dunque di *peace-enforcement*. Ciò vuol dire che non si può escludere che l'Unione europea possa realizzare operazioni coercitive, vale a dire senza il consenso del sovrano territoriale.

⁹⁵ La scelta di tale verbo indica senz'altro che l'elenco di azioni e missioni che lo segue non è tassativo (corsivo aggiunto).

stretto e costante contatto con il Comitato politico e di sicurezza (COPS)⁹⁶, a provvedere a coordinare gli aspetti civili e militari delle missioni PESD⁹⁷.

Con riferimento alla componente civile, ricordiamo che il Consiglio europeo di Feira del 2000 ha identificato quattro aree prioritarie, vale a dire polizia, stato di diritto, amministrazione civile e protezione civile⁹⁸. Relativamente all'area dello stato di diritto⁹⁹, ricordiamo qui l'azione intrapresa dall'Unione europea in Georgia – il paese che nel novembre 2003 ha conosciuto la c.d. «rivoluzione delle rose» – per riformare il settore della giustizia penale. Constatato che «la situazione in Georgia per quanto riguarda la sicurezza è stabile, ma può deteriorarsi, con ripercussioni potenzialmente gravi sulla sicurezza regionale e internazionale e sul rafforzamento della democrazia e dello stato di diritto», l'Unione, dopo aver ricevuto l'invito del primo ministro georgiano, ha deciso di impegnarsi «a livello di azione politica e di risorse», inviando propri esperti in Georgia nella convinzione che la sua missione EUJUST THEMIS «contribuirà a radicare la stabilità nella regione»¹⁰⁰. Ancor

⁹⁶ Come noto, il Comitato politico e di sicurezza (COPS), istituito in via provvisoria nel febbraio 2000, e poi in via definitiva nel 2001 (cfr. decisione del Consiglio dell'Unione europea 2001/78/PESC del 22 gennaio 2001 che istituisce il Comitato politico e di sicurezza, in *Guce* n. L 27 del 30 gennaio 2001, p. 1) è l'organo ausiliario più importante per la gestione degli affari PESC e delle questioni PESD. Attualmente, esso è stato inserito nel Trattato UE, all'art. 25, dal Trattato di Nizza; e tale disposizione è stata ripresa dalla Costituzione, con le modifiche legate al nuovo assetto istituzionale, all'art. III-307. In base a quest'ultimo, pertanto, «un comitato politico e di sicurezza vigila sulla situazione internazionale nei settori che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune e contribuisce a definire le politiche formulando pareri per il Consiglio, a richiesta di questo, del Ministro degli affari esteri dell'Unione o di propria iniziativa. Esso controlla altresì l'attuazione delle politiche concordate, fatte salve le competenze del ministro degli affari esteri dell'Unione». Inoltre, il COPS «esercita, sotto la responsabilità del Consiglio e del ministro degli affari esteri dell'Unione, il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi previste all'articolo III-309»; e, «ai fini di un'operazione di gestione delle crisi e per la durata della stessa, [il Consiglio] può autorizzare il [COPS] a prendere le misure appropriate in merito al controllo politico e alla direzione strategica dell'operazione».

⁹⁷ Art. III-309, par. 2.

⁹⁸ Cfr. l'Appendice 3, *Studio degli obiettivi concreti relativi agli aspetti civili nella gestione delle crisi*, delle Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Feira, 19-20 giugno 2000.

⁹⁹ Per il rafforzamento dello stato di diritto, il citato *Studio degli obiettivi concreti relativi agli aspetti civili nella gestione delle crisi* ha scelto un'impostazione volta a stabilizzare e garantire il successo delle missioni di polizia, puntando, così, a «l'assistenza al ripristino di un sistema giudiziario e penitenziario». Esso ha, di conseguenza, indicato l'impegno dell'Unione e dei suoi Stati membri alla «selezione di giudici, pubblici ministeri, esperti in materia penitenziaria e altre categorie pertinenti nell'ambito del sistema giudiziario e penitenziario, da impiegare rapidamente nelle operazioni di sostegno della pace», e a «promuovere orientamenti relativamente alla selezione e alla formazione di giudici ed esperti in materia penitenziaria internazionali in collegamento con le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali (in particolare, il Consiglio d'Europa e l'OSCE)» (sezione II dello *Studio*).

iii. L'UE potrebbe esaminare le modalità di sostegno alla creazione/modernizzazione delle infrastrutture dei tribunali e delle carceri locali e all'assunzione di personale giudiziario e di guardie carcerarie locali nel contesto delle operazioni di sostegno della pace.

¹⁰⁰ Azione comune 2004/523/PESC del Consiglio del 28 giugno 2004 relativa alla missione dell'Unione europea sullo stato di diritto in Georgia, EUJUST THEMIS, in *Gu-Ue* n. L 228 del 29 giugno 2004, p. 21. V. anche il relativo accordo stipulato dall'Unione con la Georgia per definire il trattamento e lo *status* del personale della missione EUJUST THEMIS nel paese caucasico: decisione 2004/924/PESC del Consiglio del 22 novembre 2004 relativa alla conclusione dell'accordo

più di recente, l'Unione, dopo aver affermato di voler dare il proprio contributo «a favore di un Iraq sicuro, stabile, unificato, prospero e democratico», ha istituito la missione integrata sullo Stato di diritto per l'Iraq, EUJUST LEX, a seguito delle elezioni del gennaio 2005 e dell'auspicio espresso dalle autorità irachene affinché «l'UE si impegni più attivamente in Iraq». In particolare, l'Unione «ha riconosciuto quanto importante sia rafforzare l'ordinamento giudiziario penale, nel rispetto dello stato di diritto, dei diritti umani e delle libertà fondamentali», e si prefigge, con EUJUST LEX, di «rispondere alle impellenti necessità» irachene mediante la formazione dei funzionari di livello medio e alto nella gestione dell'indagine penale. Tale missione, pur rimanendo indipendente e distinta, è comunque «complementare ed apporta valore aggiunto alle iniziative internazionali in atto, soprattutto quelle delle Nazioni Unite, e sviluppa sinergie con le attuali iniziative della Comunità e degli Stati membri»¹⁰¹.

b. *Terrorismo e clausola di solidarietà*

L'art. III-309, par. 1, precisa che tutte le azioni e missioni in esso indicate «possono contribuire alla lotta contro il terrorismo, anche tramite il sostegno a paesi terzi per combattere il terrorismo sul loro territorio». Si codifica, così, quanto definito dal Consiglio europeo di Siviglia del giugno 2002¹⁰², ove si è dichiarato che la lotta al terrorismo fa parte della PESD, con la conseguenza che quest'ultima deve essere sviluppata tenendo «conto delle capacità che potranno risultare necessarie, conformemente ai compiti di Petersberg e alle disposizioni del Trattato, per combattere il terrorismo»¹⁰³.

Quanto disposto dall'art. III-309 in materia di terrorismo deve essere collegato alla «clausola di solidarietà», indubbiamente uno degli elementi di maggior impatto della Costituzione, il cui contenuto è presentato nella parte prima (art. I-43), mentre le modalità di attuazione sono collocate nella parte terza (art. III-329). In base alla clausola di solidarietà, «l'Unione e gli Stati

tra l'Unione europea e la Georgia sullo *status* e le attività della missione dell'Unione europea sullo stato di diritto in Georgia, EUJUST THEMIS, in *Gu-Ue* n. L 389 del 30 dicembre 2004, p. 41.

¹⁰¹ Azione comune 2005/190/PESC del Consiglio del 7 marzo 2005 relativa alla missione integrata dell'Unione europea sullo stato di diritto per l'Iraq, EUJUST LEX, in *Gu-Ue* n. L 62 del 9 marzo 2005, p. 37.

¹⁰² *Dichiarazione del Consiglio europeo sul contributo della PESC, compresa la PESD, alla lotta contro il terrorismo*, Allegato V alle Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Siviglia, 21-22 giugno 2002.

¹⁰³ In particolare, il Consiglio europeo ha posto tra le priorità dell'azione dell'Unione nella lotta al terrorismo quella di «determinare le capacità militari necessarie per proteggere contro attentati terroristici le forze schierate nel quadro di operazioni di gestione delle crisi da parte dell'Unione europea», unitamente al compito di «esaminare più approfonditamente come le capacità militari o civili possano essere utilizzate per contribuire a proteggere le popolazioni civili dagli effetti degli attentati terroristici» (*Dichiarazione del Consiglio europeo sul contributo della PESC, compresa la PESD, alla lotta contro il terrorismo*, par. 7).

membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo»¹⁰⁴. In tali circostanze, l'Unione deve mobilitare «tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per *a.* prevenire la minaccia terroristica sul territorio degli Stati membri; proteggere le istituzioni democratiche e la popolazione civile da un eventuale attacco terroristico; prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di attacco terroristico; [e per] *b.* prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di calamità naturale o provocata dall'uomo»¹⁰⁵. Salta agli occhi che l'Unione è tenuta a dispiegare i mezzi a sua disposizione non solo per intervenire *a seguito* di un attacco terroristico, ma anche per «prevenire la minaccia terroristica sul territorio degli Stati membri»¹⁰⁶. Infatti, dinanzi al venir meno del sistema internazionale nato dal Trattato di Vestfalia, dovuto all'emergere delle armi di distruzioni di massa, ai c.d. «failed States», nonché alla minaccia terroristica che trascende lo Stato-nazione, può risultare tardivo e del tutto inefficace attendere, prima di intervenire, che un attacco terroristico sia già sferrato. L'Unione ha accolto, dunque, il suggerimento proveniente dallo stesso Segretario generale delle Nazioni Unite Kofi Annan, il quale ha invitato i membri delle Nazioni Unite a valutare «criteri per autorizzare rapidamente misure coercitive nei confronti di particolari minacce –ad esempio i gruppi di terroristi dotati di armi di distruzioni di massa»¹⁰⁷. E ha ribadito tale impostazione anche nella Strategia europea in materia di sicurezza, il documento predisposto da Solana e adottato dal Consiglio europeo nel dicembre 2003¹⁰⁸, ove l'Unione, tra l'altro, afferma che «dinanzi alle nuove minacce (...) dovremmo essere pronti ad agire prima che una crisi insorga. La prevenzione dei conflitti e delle minacce non inizia mai troppo presto»¹⁰⁹.

Per quanto riguarda le modalità di attuazione della clausola di solidarietà, l'art. III-329 stabilisce che gli altri Stati membri intervengano *a seguito* della richiesta delle autorità politiche dello Stato membro colpito, prestandogli as-

¹⁰⁴ Art. I-43, par. 1.

¹⁰⁵ Art. I-43, par. 1.

¹⁰⁶ Art. I-43, par. 1, lett. *a.*, primo trattino (corsivo aggiunto).

¹⁰⁷ Discorso di Kofi Annan all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, 22 settembre 2003.

¹⁰⁸ Cfr. Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Bruxelles, 12-13 dicembre 2003.

¹⁰⁹ «Il nostro concetto tradizionale di autodifesa – fino alla guerra fredda compresa – si basava sulla minaccia dell'invasione. Dinanzi alle nuove minacce la prima linea di difesa sarà spesso all'estero. Le nuove minacce si faranno ancor più pericolose. Il fallimento degli Stati e la criminalità organizzata si diffondono se le si trascura, come abbiamo avuto modo di vedere in Africa occidentale. Tutto ciò implica che dovremmo essere pronti ad agire prima che una crisi insorga. La prevenzione dei conflitti e delle minacce non inizia mai troppo presto» *Un'Europa sicura in un mondo migliore – Strategia europea in materia di sicurezza*, Bruxelles, 12 dicembre 2003, p. 7.

sistenza *dopo* essersi coordinati in sede di Consiglio. Le modalità di attuazione della clausola di solidarietà da parte dell'Unione «sono definite da una decisione europea adottata dal Consiglio, su proposta congiunta della Commissione e del Ministro degli affari esteri dell'Unione»¹¹⁰. Inoltre, «per consentire all'Unione e agli Stati membri di agire in modo efficace», la Costituzione ha stabilito l'obbligo, per il Consiglio europeo, di «valuta[re] regolarmente le minacce cui è confrontata l'Unione»¹¹¹.

Va sottolineato che, analogamente a quanto abbiamo visto a proposito del Ministro degli affari esteri e della preparazione del corpo diplomatico europeo, e a quanto tra breve si potrà riscontrare a proposito dell'Agenzia europea per gli armamenti, anche la clausola di solidarietà in materia di terrorismo è stata "anticipata" dagli sviluppi della prassi. Infatti, a seguito del sanguinoso attentato di Madrid dell'11 marzo 2004, è stata adottata la Dichiarazione sulla lotta al terrorismo, poi fatta propria dal Consiglio europeo di Bruxelles del 27-27 marzo 2004, ove i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione, nonché dei paesi candidati che avrebbero aderito il 1 maggio, hanno, di fatto, riprodotto la clausola di solidarietà del progetto costituzionale, sottoscrivendola come «Dichiarazione sulla solidarietà contro il terrorismo»¹¹².

c. *L'Agenzia europea per la difesa*

Al fine di migliorare e razionalizzare le capacità militari degli Stati membri, la Costituzione prevede la creazione di un'Agenzia europea per la difesa. Posta sotto l'autorità del Consiglio, e aperta a tutti gli Stati membri che desiderano parteciparvi, l'«Agenzia nel settore dello sviluppo delle capacità di difesa, della ricerca, dell'acquisizione e degli armamenti»¹¹³, ha il compito di individuare le esigenze operative dell'Unione, di valutare le capacità militari degli Stati membri rispetto agli impegni assunti, di armonizzare le risorse esistenti, di razionalizzarle e di promuovere la ricerca tecnologica congiunta per dotare l'Unione dei migliori mezzi militari¹¹⁴. In particolare, l'Agenzia è chiamata a creare un legame tra pianificazione militare e mondo degli armamenti, tra ricerca e approvvigionamento. E' noto che, anche a causa del regime di esenzione dalle regole del mercato unico di cui hanno sempre potuto beneficiare le discipline nazionali sulla produzione e sul commercio di armi, dovuto a motivi di sicurezza nazionale¹¹⁵, si è verificata una situazione di as-

¹¹⁰ Art. III-329, par. 2.

¹¹¹ Art. III-329, par. 3.

¹¹² *Dichiarazione sulla lotta al terrorismo*, Bruxelles, 25 marzo 2004; Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Bruxelles del 25-26 marzo 2004.

¹¹³ Cfr. l'art. I-41, par. 3.

¹¹⁴ Art. III- 311.

¹¹⁵ Si vedano l'art. 296 CE, e l'art. III-436 della Costituzione.

senza di concorrenza e di razionalizzazione, che ha portato ad alti costi degli armamenti, assenza di integrazione tra i prodotti delle industrie di difesa degli Stati membri, ed anche ad una inutile duplicazione di risorse impiegate per lo stesso tipo di ricerca. L'Agencia europea per la difesa si prefigge di eliminare tutti gli inconvenienti e gli sprechi appena esposti, realizzando finalmente un obiettivo che l'Unione sta perseguendo da oltre un decennio.

Anche qui abbiamo assistito ad un fenomeno di "anticipazione" dell'attuazione di quanto previsto dalla Costituzione. Infatti, a seguito di quanto stabilito dal Consiglio europeo di Salonicco del giugno 2003¹¹⁶, il Consiglio dei ministri ha istituito una squadra per la creazione dell'Agencia europea per la difesa¹¹⁷, Agencia che, a sua volta, è stata posta in essere nel luglio 2004¹¹⁸, e, attualmente, sta predisponendo il suo organico e definendo i suoi primi settori di intervento.

d. *La clausola di difesa reciproca*

Nel 1999, la PESD nasce come politica essenzialmente incentrata sulla stabilizzazione delle crisi esterne, escludendo ogni missione di difesa comune dell'integrità territoriale degli Stati membri, che restava di competenza nazionale, o sotto la responsabilità principale dell'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico (*North-Atlantic Treaty Organization*, NATO). Tuttavia, a seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre, la linea di demarcazione tra le nozioni di «sicurezza» e di «difesa» si fa sempre più indistinta, facendo cadere il confine tra la proiezione esterna della PESD, e quanto necessario alla "protezione interna" degli Stati europei. Non può, dunque, stupire che, oltre alla clausola di solidarietà volta a costruire un fronte comune contro il terrorismo, la Costituzione sia riuscita anche nell'impresa di approntare una clausola di difesa reciproca. Così, dopo aver ribadito che la PESD «comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione», la quale «condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso», e gli Stati membri avranno approvato la deliberazione in questione «conformemente alle rispettive norme costituzionali»¹¹⁹, la Costituzione stabilisce che «qualora uno Stato membro subisca

¹¹⁶ Il Consiglio europeo di Salonicco ha incaricato «gli appropriati organi del Consiglio di avviare le necessarie azioni per creare, nel corso del 2004, un'agenzia intergovernativa nel settore dello sviluppo delle capacità di difesa, della ricerca, dell'acquisizione e degli armamenti». Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Salonicco, 19-20 giugno 2003.

¹¹⁷ Decisione del Consiglio del 17 novembre 2003 che istituisce una squadra incaricata di preparare la creazione dell'Agencia nel settore dello sviluppo delle capacità di difesa, della ricerca, dell'acquisizione e degli armamenti, in *Gu-Ue* n. L 318 del 3 dicembre 2003, p. 19.

¹¹⁸ Azione comune 2004/551/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2004, relativa alla creazione dell'Agencia europea per la difesa, in *Gu-Ue* n. L 245 del 17 luglio 2004, p. 17.

¹¹⁹ Art. I-41, par. 2.

un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite»¹²⁰.

Comunque, a conferma della grande sensibilità che caratterizza il tema della difesa per gli Stati membri, va rilevato che, a bilanciamento dell'inserimento della clausola di difesa reciproca, l'art. I-41 inserisce ben due clausole di compatibilità con l'Accordo NATO, e altrettante volte si preoccupa di precisare che la PESD non intende intaccare la politica di neutralità o non-allineamento che caratterizza l'ordinamento costituzionale di alcuni Stati membri. Infatti, prima si afferma che «la politica dell'Unione (...) non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, rispetta gli obblighi derivanti dal Trattato del Nord-Atlantico per alcuni Stati membri che ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del Trattato del Nord-Atlantico, ed è compatibile con la politica comune di sicurezza e di difesa adottata in tale contesto»¹²¹. Poi, con riferimento alla clausola di mutua difesa, si ribadisce che essa «non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri», e che «gli impegni e la cooperazione in questo settore rimangono conformi agli impegni assunti nell'ambito dell'Organizzazione del trattato del Nord-Atlantico che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa»¹²².

e. *La formula della «coalizione di volontari», la cooperazione rafforzata e la cooperazione strutturata permanente*

L'art. III-310 consente al Consiglio di «affidare la realizzazione di una missione a un gruppo di Stati membri che lo desiderano e dispongono delle capacità necessarie per tale missione». Si radica, così, nel tessuto "costituzionale" un tipo di flessibilità cui l'Unione ha fatto ricorso dalle sue prime missioni di gestione di crisi internazionali, e che è analoga alla formula della «coalizione dei volontari» praticata largamente nell'ambito delle Nazioni Unite, come della NATO.

Inoltre, la Costituzione prevede altre due forme di flessibilità nel settore della PESD, la cooperazione rafforzata e la cooperazione strutturata permanente. La disciplina ad esse riservata mostra chiaramente la consapevolezza che detti meccanismi sono indispensabili in un'Unione che conta già 25 membri, e per la quale si prospettano ulteriori allargamenti, dunque nuove sfide per la sua coesione interna ed esterna. Se, da un lato, i meccanismi di flessibilità impedi-

¹²⁰ Art. I-41, par. 7.

¹²¹ Art. I-41, par. 2, seconda frase.

¹²² Art. I-41, par. 7.

scono che nuove iniziative rimangano facilmente vittima di stagnazione politica e boicottaggio, dall'altro si vogliono evitare frammentazioni permanenti nella *membership* dell'Unione, consentendo di ricorrervi solo in ultima istanza, e, comunque, strutturando detti meccanismi con formule sempre aperte agli Stati membri che, in una prima fase, abbiano deciso di non parteciparvi.

L'art. I-44 estende la cooperazione rafforzata anche alla PESD, una politica che, invece, è attualmente esclusa dall'art. 27 B UE. Le condizioni che la Costituzione richiede per potersi avvalere di tale forma di flessibilità sono severe. Infatti, la decisione europea che autorizza una cooperazione rafforzata può essere adottata dal Consiglio solo *a.* in ultima istanza, *b.* qualora esso stabilisca che gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme, e *c.* a condizione che vi partecipi almeno un terzo degli Stati membri. Inoltre, le cooperazioni rafforzate devono essere aperte in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri¹²³.

La Costituzione, poi, introduce un nuovo elemento di dinamicità per il settore della PESD – appunto, la cooperazione strutturata permanente – il quale riflette anche il fatto che le capacità militari degli Stati membri possono essere notevolmente diverse. In base all'art. I-41, par. 6, gli Stati membri «che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari», laddove sottoscrivano gli impegni di cui al Protocollo ad hoc allegato al Trattato costituzionale, possono instaurare tra loro una cooperazione strutturata permanente. A differenza della cooperazione rafforzata, quella strutturata permanente non ha, ovviamente, limiti di tempo, e non è soggetta al requisito del numero minimo di Stati membri partecipanti. Il Consiglio, assistito anche dall'Agenzia europea per la difesa, funge da "certificatore" del fatto che lo Stato membro che vuol far parte di una cooperazione strutturata permanente risponda ai «criteri più elevati in termini di capacità militari» e abbia sottoscritto gli impegni del Protocollo¹²⁴. In base a quest'ultimo, in particolare, uno Stato si deve impegnare «a procedere più intensamente allo sviluppo delle sue capacità di difesa», e deve essere in grado di fornire «al più tardi nel 2007», determinate «unità di combattimento» per il compimento delle missioni Petersberg. Inoltre, gli Stati che prendono parte alla cooperazione strutturata permanente devono «ravvicinare, per quanto possibile, i loro strumenti di difesa», e «prendere misure concrete per rafforzare la disponibilità, l'interoperabilità, la flessibilità e la schierabilità delle loro forze»¹²⁵.

¹²³ Cfr. l'art. I-44, par. 1 e 2.

¹²⁴ Cfr. l'art. III-312.

¹²⁵ Protocollo sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'art. I-41, par. 6, e dall'art. III-312 della Costituzione.

12. La politica commerciale comune

La Costituzione semplifica e chiarisce notevolmente la base giuridica delle relazioni esterne europee da sempre presente nelle fonti del diritto comunitario primario. Dopo aver affermato, all'art. I-13, che la politica commerciale comune è di competenza esclusiva dell'Unione (analogamente a quanto accade «per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o alterarne la portata»)¹²⁶, il trattato costituzionale definisce l'estensione di tale politica in modo da farla coincidere con i tre pilastri che attualmente contraddistinguono il diritto materiale del sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) –dunque, gli scambi di merci, quelli di servizi, e gli aspetti legati al commercio dei diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, l'art. III-315 include nella nozione di politica commerciale comune anche gli investimenti esteri diretti, eliminando, così, in radice ogni tipo di dubbio sulla competenza esclusiva dell'Unione a sottoscrivere gli accordi relativi a tale settore laddove giungessero a buon fine i tentativi di definire regole multilaterali sugli investimenti nell'ambito dell'OMC, o anche in altre organizzazioni internazionali (quali, ad esempio, l'OCSE). La nozione di «investimenti esteri diretti», tuttavia, è da intendersi come limitata agli investimenti che abbiano un collegamento diretto agli accordi commerciali internazionali. Tale conclusione, infatti, risulta dalla lettera dell'art. III-315, dal contesto, dall'oggetto e dall'obiettivo di tale disposizione, nonché dai lavori della Convenzione e della Conferenza intergovernativa¹²⁷. Pertanto, rimangono esclusi dalla competenza dell'Unione temi quali la tutela degli investimenti stranieri da provvedimenti di nazionalizzazione o espropriazione, tradizionalmente oggetto della vasta rete di accordi bilaterali sugli investimenti che gli Stati membri mantengono con i Paesi terzi, o gli investimenti di portafoglio. Accordi di ampio respiro, che disciplinano a livello internazionale tutte le forme di investimenti, quali, ad esempio, il fallito Accordo multilaterale degli investimenti dell'OCSE, dovranno, pertanto, essere conclusi anche dagli Stati membri con riferimento ai settori che ricadono ancora nella competenza nazionale.

¹²⁶ Art. I-13, par. 2.

¹²⁷ Il gruppo di lavoro sulle relazioni esterne non ha mai discusso l'estensione della politica commerciale a tutti i tipi di investimenti, cosa, invece, più che necessaria laddove si intendesse effettivamente sostituire l'Unione alla tradizionale azione svolta dagli Stati membri con i loro numerosi accordi bilaterali. Inoltre, la motivazione adottata dal *Presidium* per aggiungere gli investimenti esteri diretti nella disposizione sulla politica commerciale comune è incentrata sulla constatazione che «i flussi finanziari completano il commercio delle merci e rappresentano ormai gran parte degli scambi commerciali» il che implica uno stretto legame tra investimenti e commercio. CONV 685/03, *Progetto di articoli sull'azione esterna del trattato costituzionale*, 23 aprile 2003, p. 52.

Come si è già visto nella presentazione della nuova procedura di conclusione degli accordi, la Costituzione abbandona la conclusione in forma mista degli accordi «nei settori degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, di servizi didattici nonché di servizi sociali e relativi alla salute umana»¹²⁸. L'obbligo attuale di ottenere anche le ratifiche degli Stati membri è sostituito dalla possibilità di ricorrere al voto unanime del Consiglio¹²⁹, ma anche dal limite fissato a proposito della competenza ad attuare, a livello interno, gli accordi conclusi dall'Unione. L'art. III-315, par. 6, prevede che «l'esercizio delle competenze» in materia di politica commerciale comune «non pregiudica la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri e non comporta un'armonizzazione delle disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri, se la Costituzione esclude tale armonizzazione». La lettura che la dottrina ha dato di tale paragrafo non è nel senso di un limite al *treaty-making* dell'Unione, dunque alla competenza esterna a concludere accordi, ma nel senso di un limite al potere di *treaty-implementing*, di procedere all'attuazione degli impegni internazionali assunti. Laddove l'Unione non abbia, sul piano interno, competenza ad armonizzare – come accade in materia di sanità, cultura, educazione, servizi sociali¹³⁰ – essa potrà procedere alla conclusione di accordi commerciali che includano anche detti settori, ma la loro attuazione dovrà essere compiuta dagli Stati membri. Si tratta di una soluzione istituzionale molto frequente nei sistemi federali – ad esempio, negli Stati Uniti, in Svizzera, nella stessa Germania – in cui il *treaty-making* dello Stato federale include materie che ricadono nella competenza legislativa degli Stati federati, i quali, dunque, hanno il potere di *treaty-implementing*. Tale asimmetria di poteri viene compensata con l'obbligo della Federazione di consultare e di coordinarsi con gli enti federati prima di sottoscrivere un accordo. Un analogo meccanismo può essere introdotto nel sistema dell'Unione sulla base del principio di leale cooperazione di cui all'art. I-5, il quale stabilisce che «l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dalla Costituzione»¹³¹, e ciò in un contesto in cui l'Unione deve rispettare l'identità nazionale degli Stati membri e le funzioni essenziali dello Stato¹³².

¹²⁸ Si veda l'art. 133, par. 6, CE.

¹²⁹ Cfr. *supra*, par. 9.

¹³⁰ Cfr. gli artt. III-278, par. 5, III-279, par. 5, III-282, par. 3, III-210, par. 2.

¹³¹ Art. I-5, par. 2.

¹³² Cfr. l'art. I-5, par. 1.

13. La cooperazione con i Paesi terzi e l'aiuto umanitario

Il Capo IV, intitolato alla cooperazione con i Paesi terzi e all'aiuto umanitario, si suddivide in tre sezioni, dedicate, rispettivamente, alla cooperazione allo sviluppo (artt. III-316, III-317 e III-318), alla cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi (artt. III-319 e III-320), e all'aiuto umanitario (art. III-321). Tali politiche sono qualificate come competenze concorrenti cui, però, a differenza di quanto stabilito in via generale, la Costituzione non estende il principio della *pre-emption*¹³³. Ciò significa che gli Stati membri possono continuare ad esercitare la loro azione anche nei settori in cui l'Unione abbia già legiferato, ovviamente nel pieno rispetto del principio di leale cooperazione¹³⁴. Infatti, con specifico riferimento ai settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'art. I-14, par. 4, puntualizza che «l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere l'effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro».

Comunque, con specifico riferimento alla configurazione attuale della politica europea di cooperazione allo sviluppo, che è solo "complementare" rispetto a quella attuata dagli Stati membri¹³⁵, il progetto costituzionale costituisce un passo in avanti, perché l'Unione potrà condurre una politica autonoma. L'art. III-316, par. 1, afferma ora più chiaramente che «l'obiettivo principale della politica [di cooperazione allo sviluppo] dell'Unione è la riduzione e, a termine, l'eliminazione della povertà». Inoltre, la Costituzione sottolinea la natura orizzontale di tale politica, la quale deve, pertanto, essere tenuta in considerazione «nell'attuazione delle politiche che possono avere incidenza sui paesi in via di sviluppo». Qui il pensiero corre subito alle diverse misure commerciali con le quali la Comunità pone in essere la propria politica di trattamento preferenziale nei confronti dei Paesi in via di sviluppo e dei Paesi meno avanzati. Infine, per evitare una duplicazione di sforzi o una divergenza di misure, l'art. III-316, par. 2, richiede all'Unione di rispettare gli impegni e di tener conto degli

¹³³ Il principio della *pre-emption* per le competenze concorrenti è codificato all'art. I-12, par. 2, collocato nel Titolo III della parte I della Costituzione, dedicato alle competenze dell'Unione: «quando la Costituzione attribuisce all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un dato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. *Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla*» (corsivo aggiunto).

¹³⁴ «Secondo il principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dalla Costituzione. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla Costituzione o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione» (art. I-5, par. 2).

¹³⁵ Ai sensi dell'art. 177 CE, «la politica della Comunità nel settore della cooperazione allo sviluppo (...) integra quelle svolte dagli Stati membri».

obiettivi concordati anche dagli Stati membri nel quadro delle Nazioni Unite e delle altre organizzazioni internazionali competenti.

Per quanto riguarda la cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi, l'art. III-319 precisa che si tratta di «paesi terzi diversi dai paesi in via di sviluppo», chiarendo, così, un dubbio interpretativo emerso dal testo attuale della corrispondente disposizione – art. 181 A – del Trattato CE. Tale politica viene fissata attraverso la legge o la legge quadro; tuttavia, laddove «la situazione in un paese terzo esig[ga] un'assistenza finanziaria urgente da parte dell'Unione», sarà il Consiglio ad intervenire, su proposta della Commissione, attraverso le decisioni europee necessarie¹³⁶. Anche in questo settore, «le azioni dell'Unione e degli Stati membri si completano e si rafforzano reciprocamente»¹³⁷, tanto che «nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri cooperano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali», potendo l'una e gli altri «negoziare nelle sedi internazionali e concludere accordi»¹³⁸.

A proposito della politica di aiuto umanitario, la Costituzione introduce una nuova base giuridica *ad hoc*, conferendo, così, indipendenza e dignità di politica autonoma a quella serie di misure che la Comunità ha adottato fondandosi sulle attuali disposizioni della cooperazione allo sviluppo e sull'art. 308 CE, e che sono sempre state gestite dall'Ufficio ECHO della Commissione. «Le azioni dell'Unione nel settore dell'aiuto umanitario – recita l'art. III-321, par. 1 – mirano a fornire, in modo puntuale, assistenza, soccorso e protezione alle popolazioni dei paesi terzi vittime di calamità naturali o provocate dall'uomo, per far fronte alle necessità umanitarie risultanti dalle diverse situazioni». Tali azioni umanitarie europee devono essere condotte conformemente ai principi di diritto internazionale umanitario, in particolare «ai principi di imparzialità, neutralità e non discriminazione»¹³⁹. Viene, così, rafforzata l'attuale scelta dell'Unione di continuare a fornire aiuto umanitario alle popolazioni dei paesi i cui governi sono oggetto di sanzioni oppure vengono meno ai requisiti della politica di condizionalità. Inoltre, l'Unione deve provvedere «affinché le sue azioni di aiuto umanitario siano coordinate e coerenti con quelle svolte da organizzazioni e organismi internazionali, specie nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite»¹⁴⁰. La Costituzione istituisce, infine, «un corpo volontario europeo per inquadrare contributi comuni dei giovani europei alle azioni di aiuto umanitario dell'Unione»¹⁴¹.

¹³⁶ Cfr. l'art. III-320.

¹³⁷ Art. III-319, par. 1.

¹³⁸ Art. III-319, par. 3.

¹³⁹ Art. III-321, par. 2.

¹⁴⁰ Art. III-321, par. 7.

¹⁴¹ Art. III-321, par. 5.

14. La politica europea di buon vicinato

La Costituzione europea introduce una base giuridica specifica per una nuova politica dell'Unione, quella relativa alla definizione dei suoi rapporti con l'ambiente circostante, volta a stabilire una relazione speciale con i Paesi vicini che, ancora, non sono parte del processo di integrazione europea¹⁴². «L'Unione – recita l'art. I-57 – sviluppa con i paesi limitrofi relazioni privilegiate al fine di creare uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell'Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione». Per realizzare tali obiettivi, «l'Unione può concludere accordi specifici con i paesi interessati. Detti accordi possono comportare diritti e obblighi reciproci, e la possibilità di condurre azioni in comune», la cui attuazione «è oggetto di una concertazione periodica». Salta subito agli occhi che la definizione utilizzata per gli accordi volti ad instaurare con i paesi limitrofi dell'Unione «uno spazio di prosperità e di buon vicinato» evoca fortemente la nozione di accordi di associazione, che viene, comunque, mantenuta nella parte della Costituzione dedicata all'Azione esterna europea, all'art. III-324 – ai sensi del quale «l'Unione può concludere con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali un accordo di associazione, volto ad istituire un'associazione caratterizzata da diritti e obblighi reciproci, da azioni in comune e da procedure particolari».

È significativa la collocazione della base giuridica della politica europea di buon vicinato: la Costituzione non l'ha situata insieme alle altre politiche esterne, nella parte III, ma ha voluto posizionarla nella parte I, facendole immediatamente precedere il titolo IX, che disciplina le condizioni di adesione all'Unione. Così facendo, si vogliono allentare le paure dei paesi limitrofi all'Unione a proposito della creazione di una nuova linea divisoria in Europa che sarebbe dovuta al recente allargamento. La nuova politica europea di buon vicinato potrà senz'altro stabilire uno status speciale per le relazioni dei paesi limitrofi con l'Unione, che potrà essere orientata verso una loro effettiva adesione al processo di integrazione europea, oppure essere impostata come una valida alternativa alla *membership* dell'Unione. Si tratta di una dinamica complessa, che costituirà uno dei dossier più impegnativi per la politica estera europea del prossimo decennio.

¹⁴² Si tratta degli Stati dell'area euromediterranea, e di alcuni Paesi dell'Europa orientale e caucasica (Algeria, Armenia, Arzərbayjan, Bielorussia, Egitto, Georgia, Giordania, Israele, Libano, Libia, Marocco, Moldavia, Siria, Tunisia, Ucraina). Si veda in proposito COM(2003)104 def., Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Europa ampliata - Prossimità: Un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali*, Bruxelles, 11 marzo 2003.

15. Le misure restrittive in materia di politica estera

In pochi, sapienti, tratti, la disposizione che la Costituzione predispone per le «misure restrittive in materia di politica estera» codifica e fornisce una chiara e sicura base giuridica per l'ampia tipologia di sanzioni che l'Unione europea adotta – autonomamente, o in esecuzione di quanto deciso dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite – per reagire alle violazioni del diritto internazionale e dei diritti dell'uomo, e in risposta alle politiche che non rispettano lo stato di diritto e i principi democratici. Le misure restrittive includono le sanzioni diplomatiche – come l'espulsione di diplomatici, l'interruzione o la riduzione dei rapporti diplomatici, la sospensione delle visite ufficiali; la sospensione della cooperazione con un paese terzo; il boicottaggio di eventi culturali o sportivi; le sanzioni commerciali – di carattere generale e specifico, ad esempio l'embargo sulle armi; le sanzioni finanziarie – quali il congelamento di fondi e altre risorse economiche, il divieto di transazioni finanziarie, le restrizioni alle esportazioni di crediti e investimenti; i divieti di volo; e le restrizioni sui visti e le ammissioni di determinate persone sul territorio dell'Unione. Le misure restrittive sono regolarmente riviste per verificarne l'efficacia, ed eventualmente ricalibrarle laddove vi fossero sviluppi positivi riguardo gli obiettivi che si prefiggono.

L'art. III-322 mantiene l'approccio a due fasi per l'adozione delle sanzioni. Prima occorre una decisione dell'Unione nell'ambito della PESC, in linea di principio all'unanimità; quindi, il Consiglio adotta i regolamenti o le decisioni europee sulle misure restrittive «deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta del ministro degli affari esteri dell'Unione e della Commissione», ed informando di tutto ciò il Parlamento. L'art. III-322 eredita non solo l'art. 301 CE, che prevede l'azione della Comunità «per interrompere o ridurre parzialmente o totalmente le relazioni economiche con uno o più Paesi terzi», ma anche l'art. 60, par. 1, CE, relativo alle misure urgenti che la Comunità deve adottare per intervenire sui movimenti di capitali e di pagamenti che fanno capo a Paesi terzi. Infatti, le misure restrittive di cui alla nuova disposizione della Costituzione riguardano «l'interruzione o la riduzione, totale o parziale» non solo delle relazioni economiche, ma anche di quelle finanziarie "con uno o più paesi terzi».

Inoltre, l'art. III-322, par. 2, prevede espressamente che rientrino nelle sanzioni che il Consiglio può adottare sulla base di un atto PESC anche le «misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali», dunque di soggetti che non sono direttamente collegati con il regime di un Paese terzo, e, al par. 3, stabilisce che «gli atti di cui al presente articolo» debbano contenere «le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche». In tal modo, la Costituzione intende rispondere alle numerose e problematiche doglianze avanzate a proposito delle misure di congelamento dei capitali appartenenti a persone fisiche e giuridiche implicate in attività terrori-

stiche – sanzioni sempre più spesso adottate dall'Unione, in ottemperanza alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza volte a combattere ed impedire il finanziamento delle reti del terrorismo internazionale. Alcuni dei soggetti colpiti dalle restrizioni alle loro disponibilità finanziarie hanno, infatti, impugnato gli atti comunitari, come anche quelli intergovernativi del secondo e del terzo pilastro, sostenendo che l'Unione sarebbe incompetente ad adottare quel tipo di misure restrittive, poiché rivolte a privati, e non, invece, a Paesi terzi, come prevedono gli artt. 301 e 60 CE. Più in generale, il nutrito gruppo di ricorrenti inseriti nelle "liste nere" – stilate dal Consiglio di sicurezza e dai comitati ONU delle sanzioni, e riprese dalle autorità europee – sostiene che i regolamenti, le decisioni e le posizioni comuni dell'Unione sarebbero illegittime anche perché violano diversi diritti fondamentali. Poiché detti atti si limitano semplicemente a "trasporre" quanto deliberato in sede ONU, senza la preventiva conduzione, da parte delle istituzioni europee, di un procedimento in contraddittorio con le persone sospettate di svolgere o fiancheggiare attività terroristiche, essi verrebbero a ledere il principio del *due process*, dunque il diritto ad un procedimento equo, di cui agli artt. 6 e 13 della CEDU. In particolare, poiché le sanzioni possono assumere la forma di regolamenti, o di misure del secondo o del terzo pilastro, dunque di atti che, in linea di principio, non sono suscettibili di essere impugnati dai privati che subiscono il blocco dei beni, essi potrebbero anche comportare una violazione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ed indipendente, che «fa parte dei fondamentali dell'Unione europea»¹⁴³.

Con la nuova formulazione dell'art. III-322, che comprende le misure rivolte ai privati e ne richiede l'accompagnamento con le necessarie garanzie giuridiche, e con la sua collocazione al di fuori del capo II dedicato alla PESC, che sottopone le sanzioni al controllo di legalità della Corte di giustizia, si eliminano alla radice tutte le perplessità emerse nella gestione del blocco dei capitali volto ad impedire il finanziamento delle operazioni terroristiche.

¹⁴³ Cfr. il ricorso presentato dalla Associazione Gestoras Pro Amnistia il 7 giugno 2004 in causa n. C-354/04 P. Attualmente, con riferimento alla presunta illegittimità di diversi atti dell'Unione sul blocco dei capitali di persone fisiche e giuridiche, il Tribunale e la Corte di giustizia sono pronunciati solo su provvedimenti provvisori e su istanze di irricevibilità, e non hanno ancora affrontato le discussioni di merito. Cfr. ordinanze del Tribunale di primo grado: del 7 maggio 2002 in causa n. T-306/01 R, *Abdirisak Aden, Abdulaziz Ali, Ahmed Yusuf, Al Barakaat International Foundation* c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2387; del 15 maggio 2003 in causa n. T-47/03 R, *Jose Maria Sison* c. Consiglio dell'Unione europea, in *Raccolta*, 2003 II, p. 2047; del 7 giugno 2004 in causa n. T-338/02, *Segi, Aritza Zubimendi Izaga, Aritza Galarraga* c. Consiglio dell'Unione europea, non ancora pubblicata in *Raccolta*; del 15 febbraio 2005 in causa n. T-206/02, *Congrès national du Kurdistan (KNK)* c. Consiglio dell'Unione europea, non ancora pubblicata in *Raccolta*; del 15 febbraio 2005 in causa n. T-220/02, *Kurdistan Workers' Party (PKK), Kurdistan National Congress (KNK)* c. Consiglio dell'Unione europea, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

16. Conclusioni

La panoramica delle novità introdotte dalla Costituzione per l'azione esterna europea ci mostra che, indubbiamente, la Convenzione e la CIG hanno saputo superare la visione minimalista sulla proiezione esterna dell'Europa paventata all'inizio dei loro lavori; e non manca chi, come il Ministro degli affari esteri *in pectore*, Javier Solana, non esita a proporre un parallelo tra ciò che il Trattato di Maastricht ha fatto per l'unione monetaria, e ciò che la Costituzione potrebbe fare per il ruolo dell'Europa nel mondo. Certo, nelle procedure e nelle altre novità istituzionali vi è la possibilità di una più marcata conduzione intergovernativa della politica estera europea. E si è ben consci che l'obiettivo di un'Unione che sia il solido protagonista di cui la Comunità internazionale ha bisogno non dipende unicamente dall'imperativo di coerenza, dai meccanismi volti a dare efficienza, dalle nuove figure tese a testimoniare la visibilità e l'unità dell'Unione, dalla razionalizzazione degli obiettivi e delle politiche esterne che è stato possibile inserire nel Trattato costituzionale. Lo *status*, per l'Unione, di attore di primo piano delle questioni internazionali risulterà, soprattutto, dal modo in cui le persone chiamate a rivestire i ruoli chiave interpreteranno la loro carica, dallo spirito unitario e di cooperazione che animerà gli Stati membri, dalla forza di integrazione che sapranno esprimere le istituzioni europee riformate dal Trattato costituzionale.

Oltre alle incognite sullo spirito – europeista o sovranista – che potrebbe accompagnare l'applicazione della Costituzione, vi sono quelle, ben più temute, relative all'impossibilità della sua entrata in vigore, a causa della mancata ratifica da parte di più Stati membri. Si paventa, in particolare, una brusca battuta di arresto del processo di integrazione europea laddove la Costituzione dovesse rimanere una costruzione incompiuta. Se, indubbiamente, lo scenario che si creerebbe a seguito di una bocciatura del Trattato costituzionale non potrebbe definirsi positivo, sotto il profilo delle relazioni esterne si può affermare che non necessariamente verrebbero dissolti tutti gli sforzi compiuti dalla Convenzione e dalla CIG. Ricordiamo, qui, tutti i fenomeni di "anticipazione" dell'applicazione del Trattato costituzionale che hanno contrassegnato i più recenti sviluppi dell'azione esterna dell'Unione: la sottoscrizione della clausola di solidarietà, l'istituzione dell'Agenzia europea per la difesa, l'avvio dei lavori preparatori per la creazione del corpo diplomatico europeo e la razionalizzazione delle rappresentanze esterne dell'Unione, la conduzione di missioni sul rafforzamento dello Stato di diritto in Georgia e in Iraq – queste ultime, una vera e propria "anteprima" delle azioni facenti capo alla componente civile delle missioni Petersberg. Non si tratta di inammissibili episodi di attuazione di parti della Costituzione in assenza delle imprescindibili approvazioni costituzionali da parte degli Stati membri, ma di risultati che i protagonisti del processo di integrazione hanno potuto legittimamente raggiungere,

o intraprendere, avvalendosi degli strumenti che sono già nella loro materiale disponibilità, ma, soprattutto, ispirandosi alla profonda riflessione che i lavori della Convenzione, come quelli della CIG, hanno prodotto. In sostanza, la Costituzione, in materia di relazioni esterne, oltre ad innovare, spesso razionalizza e codifica. Laddove il procedimento per la sua ratifica dovesse conoscere una battuta d'arresto, il Trattato costituzionale continuerebbe, comunque, ad indicare diverse soluzioni per rafforzare la presenza internazionale dell'Unione, e per permetterle di perseguire gli obiettivi di equità, pace e giustizia internazionali da esso solennemente proclamati.

Elisa Baroncini*

BIBLIOGRAFIA

J. AUVRET-FINCK, *Les obstacles "internes" à l'affirmation de la Communauté et de l'Union européenne dans les organisations internationales*, in *Mélanges en hommage à Guy Isaac - 50 ans de droit communautaire*, Tome I, Toulouse Cedex, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 2004, pp. 449-467; L. AZOULAI, *The Acquis of the European Union and International Organisations*, in *European Law Journal*, 2005, pp. 196-231; G. BONVICINI - G. L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, Giappichelli, 2003; M. BRUTER, *Diplomacy without a State: the External Delegations of the European Commission*, in *Journal of European Public Policy*, 1999, pp. 183-205; E. CANNIZZARO (Ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, Kluwer, 2002; E. CANNIZZARO, *La fusione dei "pilastri": politica estera e politiche materiali del progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, pp. 1068-1082; M. CLEMENTI, *L'Europa e il mondo - La politica estera, di sicurezza e di difesa europea*, Bologna, Il Mulino, 2004; M. CREMONA, *The Draft Constitutional Treaty: External Relations and External Action*, in *CML Rev.*, 2003, pp. 1347-1366; M. CREMONA, *The Union as A Global Actor: Roles, Models and Identity*, in *CML Rev.*, 2004, pp. 553-573; B. CROWE, *Foreign Minister of Europe, The Foreign Policy Centre*, February 2005; U. DRAETTA, *L'azione esterna dell'Unione nel Progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, pp. 267-279; S. DUKE, *Preparing for European Diplomacy?*, in *Journ. Comm. M. St.*, 2002, pp. 849-870; S. DUKE, *A Foreign Minister for the EU: But Where's the Ministry?*, *Netherlands Institute of International Relations "Clingendael"*, *Discussion Papers in Diplomacy*, No. 89, 2003; S. DUKE, *The Right Time for an EU Diplomatic Service?*, *The European Policy Centre*, 2003, in <http://www.theepc.net>; Editorial Comments, *The CFSP under the EU Constitutional Treaty - Issues of Depillarization*, in *CML Rev.*, 2005, pp. 325-329; P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union - Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford University Press, 2004; European Commission, *Taking Europe to the World - 50 Years of the European Commission's External Service*, Brussels, 2004; G. GALEOTE QUECEDO - B. BECERRIL ATIENZA, *Towards a Common European Diplomacy? Analysis of the European Parliament Resolution on Establishing a Common Diplomacy (A5-0210/2000)*, Madrid, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, No. 3, 2001; N. GNESOTTO (a cura di), *La politica di sicurezza e di difesa dell'UE - I primi cinque anni (1999-2004)*, Istituto di studi per la sicurezza dell'Unione europea, Parigi, 2004; C. HILL, *A Foreign Minister without a Foreign Ministry - or with too many?*, in *Fornet CFSP Forum*, 2003, Vol. 1, No. 1, pp. 1-2; J. HOWORTH, *The European Draft Constitutional Treaty and the Future of the European Defence Initiative: A Question of Flexibility*, in *EFA Rev.*, 2004, pp. 483-508; R. KAGAN, *Il diritto di fare la guerra - Il potere americano e la crisi di legittimità*, Milano, Mondadori, 2004; M. KRAJEWSKI, *External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?*, in *CML Rev.*, 2005, pp. 91-127; D. VON KYAW, *Guest Editorial - The EU after the Agreement on a Constitutional Treaty*, in *EFA Rev.*, 2004, pp. 455-458; A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza della Nazioni Unite e l'Unione euro-*

* Ricercatore in Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Bologna; incaricata della supplenza di Diritto del commercio internazionale e di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna.

pea, Milano, Giuffrè, 2002; A. LEPARMENTIER, *Des concessions de dernière minute pour préserver le projet de Constitution*, in *Le Monde*, 11 juillet 2003; J. V. LOUIS, *Editorial*, in *Cah. dr. eur.*, 2002, pp. 235-240; P. MENGOZZI, *L'attuazione del diritto comunitario e i dubbi che possono essere avanzati anche in Italia sulla conformità del nostro ordinamento costituzionale del principio di prevalenza scritto nell'art. I-6 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Sud in Europa*, 2005, pp. 20-22; J. MONAR, *The Case for a Diplomatic Academy of the European Union*, in *EFA Rev.*, 2000, pp. 281-286; B. NASCIBENE (a cura di), *Comunità e Unione europea - Codice delle istituzioni*, Torino, Giappichelli, 2005; B. NASCIBENE, *Dal Trattato di Nizza al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Sud in Europa*, 2005, pp. 13-14; M. PEDRAZZI, *L'evoluzione della politica europea di sicurezza e di difesa (PESD) nella prospettiva della Costituzione europea*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Il futuro dell'Unione europea - Sviluppi nelle sue politiche*, Padova, Cedam, 2004, pp. 23-59; L. S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato - Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2004; L. S. ROSSI, *En cas de non-ratification ... le destin périlleux du "Traité-Constitution"*, in *Rev. tr. dr. eur.*, 2004, pp. 621-637; J. SOLANA, *EU Constitution - Toward a United European Voice*, *International Herald Tribune*, October 30-31, 2004; *Speech by Javier Solana*, *Institut d'Etudes Politiques*, Paris, 18 avril 2005; J. SOLANA, *The Future of the European Union as an International Actor*, 2004; D. THYM, *Reforming Europe's Common Foreign and Security Policy*, in *European Law Journal*, 2004, pp. 5-22; A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004; A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa - Testi e documenti relativi alla Costituzione europea*, Quaderni della Rivista *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004; U. VILLANI, *L'evoluzione democratica dell'Unione nella Costituzione europea*, in *Sud in Europa*, 2005, pp. 17-19; R. A. WESSEL, *Fragmentation in the Governance of EU External Relations: Legal Institutional Dilemmas and the New Constitution for Europe*, J. W. DE ZWAAN - J. H. JANS - F. A. NELISSEN (Eds.), *The European Union - An Ongoing Process of Integration - Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, The Hague, TMC Asser Press, 2004, pp. 122-140; J. WOUTERS, *The Union Minister for Foreign Affairs: Europe's Single Voice or Trojan Horse?*, in J. W. DE ZWAAN - J. H. JANS - F. A. NELISSEN (Eds.), *The European Union - An Ongoing Process of Integration - Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, cit., pp. 77-86.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 dicembre 2005*

1. La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da un intervento del signor Josep Borrell, presidente del Parlamento europeo, cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni.

2. Il Consiglio europeo ricorda l'importanza dei valori comuni europei di solidarietà, giustizia sociale e sostenibilità quali fondamento dello sviluppo delle politiche dell'Unione. È in questo quadro che dovrebbero essere portati avanti gli orientamenti definiti nelle presenti conclusioni.

3. Il Consiglio europeo rammenta il sostegno fornito dall'UE a un sistema multilaterale efficace basato sullo Stato di diritto e la necessità di mettere in condizione le Nazioni Unite di affrontare meglio le sfide del XXI secolo. Sottolinea il suo impegno per una tempestiva e piena attuazione delle riforme e degli impegni concordati al Vertice mondiale dell'ONU del 2005.

I. Futuro dell'Europa

4. A seguito della riunione informale dei Capi di Stato o di Governo tenutasi a Hampton Court, il Consiglio europeo prende atto delle relazioni del Presidente della Commissione e del Segretario Generale/Alto Rappresentante e conviene di ritornare sulla questione durante la presidenza austriaca.

5. Il Consiglio europeo prende atto della relazione interinale, redatta congiuntamente dal Regno Unito e dall'Austria, sui dibattiti nazionali sul futuro dell'Europa attualmente in corso in tutti gli Stati membri, a seguito della dichiarazione fatta dai Capi di Stato o di Governo sulla questione al Consiglio europeo del giugno 2005. Il Consiglio europeo ritornerà sulla questione nel primo semestre del 2006, durante la presidenza austriaca, basandosi sul lavoro preparatorio svolto in sede di Consiglio «Affari generali e relazioni esterne». Il Consiglio europeo prende inoltre atto della discussione tenutasi in occasione della conferenza «Condividere il potere in Euro-

* 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.).

pa», organizzata congiuntamente dalla presidenza e dai Paesi Bassi all'Aia il 17 novembre 2005, e prende atto dell'intenzione della presidenza austriaca di ritornare sulla questione.

II. Prospettive finanziarie (*Omissis*)

III. Africa

7. Il Consiglio europeo adotta la strategia dell'UE «L'Unione europea e l'Africa: verso un partenariato strategico» come richiesto nella sua riunione del giugno 2005 (doc. 15702/1/05 REV 1). Sulla base del vertice del Cairo il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un dialogo politico rafforzato tra l'UE e l'Africa, compreso un secondo vertice UE-Africa a Lisbona da tenersi al più presto, e conviene di esaminare periodicamente, a cominciare dal 2006, i progressi compiuti nell'attuazione della strategia, tenendo conto delle conclusioni adottate dal Consiglio il 21 novembre 2005.

IV. Approccio globale in materia di migrazione

8. Il Consiglio europeo prende atto della crescente importanza delle questioni migratorie per l'UE e i suoi Stati membri e del fatto che i recenti sviluppi hanno accresciuto la preoccupazione dell'opinione pubblica in alcuni Stati membri. Sottolinea la necessità di un approccio equilibrato, globale e coerente, che comprenda le politiche di lotta all'immigrazione clandestina, e, in cooperazione con i paesi terzi, sfrutti i vantaggi della migrazione regolare. Ricorda che le questioni migratorie sono un elemento centrale delle relazioni dell'UE con numerosi Paesi terzi, comprese, in particolare, le regioni limitrofe dell'Unione, segnatamente le regioni orientali, sudorientali e mediterranee e prende atto dell'importanza di assicurare che a tali politiche sia assegnato l'adeguato livello di risorse finanziarie. L'UE rafforzerà il dialogo e la cooperazione con tutti questi Paesi sulle questioni migratorie, compresa la gestione dei rimpatri, in uno spirito di partenariato e tenuto conto della situazione di ciascun Paese interessato.

9. Il Consiglio europeo rileva che l'impegno dell'Unione europea di sostenere gli sforzi di sviluppo dei paesi di origine e transito fa parte di un processo a lungo termine volto a rispondere alle opportunità e alle sfide della migrazione, come delineato nel programma dell'Aia. In questo contesto il Consiglio europeo riconosce l'importanza di affrontare le cause profonde della migrazione, ad esempio attraverso la creazione di possibilità di sostentamento e l'eliminazione della povertà nei paesi e nelle regioni d'origine, l'apertura dei mercati e la promozione della crescita economica, il buon governo e la tutela dei diritti umani.

10. Nell'ambito di questo processo globale, il Consiglio europeo si compiace della comunicazione della Commissione del 30 novembre 2005: Azioni prioritarie per rispondere alle sfide della migrazione, ed adotta l'"Approccio globale in materia di migrazione: Azioni prioritarie incentrate sull'Africa e il Mediterraneo" allegato alle presenti conclusioni, che riguarda i seguenti settori:

- rafforzare la cooperazione e l'azione tra gli Stati membri;

- intensificare il dialogo e la cooperazione con gli Stati africani;
- intensificare il dialogo e la cooperazione con i paesi vicini dell'intera regione mediterranea;

- nonché le questioni del finanziamento e dell'attuazione.

Il Consiglio europeo invita la Commissione a riferire sui progressi compiuti entro la fine del 2006.

V. Lotta al terrorismo

11. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di una risposta globale e proporzionata alla minaccia del terrorismo. Il Consiglio europeo adotta la strategia anti-terrorismo dell'Unione europea (doc. 14469/4/05 REV 4) che crea un quadro d'azione per impedire la radicalizzazione e il reclutamento nelle fila del terrorismo, proteggere i cittadini e le infrastrutture, perseguire i terroristi e indagare su di loro, migliorare la risposta alle conseguenze degli attentati. Il Consiglio europeo prende atto che il piano d'azione dell'UE per la lotta contro il terrorismo, lo strumento che consente di seguire l'attuazione di tali misure, è in fase di revisione al fine di assicurare la piena coerenza con la nuova strategia.

(Omissis)

VI. Sviluppo sostenibile *(Omissis)*

VII. Cambiamenti climatici ed energia sostenibile *(Omissis)*

VIII. Crescita e occupazione

18. Richiamandosi alle conclusioni del Consiglio Ecofin del 6 dicembre 2005 il Consiglio europeo prende atto che l'economia mondiale sta vivendo un periodo di cambiamenti rapidi e significativi sotto il profilo economico e riconosce che l'Europa necessita di riforme economiche, di modernizzazione sociale e di politiche ambientali sostenibili per preservare i suoi valori e far fronte efficacemente alle sfide e alle opportunità legate alla globalizzazione e all'evoluzione demografica. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza dell'innovazione, della tecnologia dell'informazione e delle comunicazioni, della ricerca e del capitale umano, in particolare per quanto riguarda le PMI, per conseguire livelli più elevati di occupazione, di produttività e di crescita sostenibile nell'Unione europea, nel contesto di politiche macroeconomiche sane.

19. Il Consiglio europeo accoglie con soddisfazione i programmi nazionali di riforma degli Stati membri e il programma comunitario di Lisbona della Commissione e attende con interesse la relazione sullo stato di avanzamento dei lavori che la Commissione presenterà in gennaio.

Rileva l'importanza dei piani nazionali di riforma nel rafforzamento della governance complessiva della strategia di Lisbona e invita gli Stati membri, la Commissione e il Consiglio a controllarne e a valutarne l'attuazione conformemente alle conclusioni del Consiglio europeo del marzo 2005.

20. Il Consiglio europeo, tenendo in debito conto il principio di sussidiarietà e di proporzionalità e l'importanza del rispetto dell'acquis comunitario, rileva che il miglioramento del quadro normativo dell'Unione europea, a livello comunitario e di Stati membri, è fondamentale per la crescita e l'occupazione. Occorrerebbe porre l'accento sull'attuazione degli impegni già assunti da tutte le istituzioni, comprese le disposizioni dell'accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 16 dicembre 2003. Su tale base, il Consiglio europeo si compiace dei progressi significativi compiuti dall'ultima riunione e riconosce l'importanza di ulteriori lavori, quali illustrati nell'allegato e riguardanti i) la riduzione degli oneri che gravano sulle imprese e i cittadini attraverso la semplificazione e l'esame; ii) il sistema riveduto di valutazione d'impatto e iii) il metodo comune in ambito UE per la valutazione dei costi amministrativi imposti dalla legislazione.

21. Il Consiglio Europeo sottolinea quanto sia importante assicurare, in conformità delle sue conclusioni del marzo 2005, il corretto funzionamento del mercato interno, anche per quanto attiene ai servizi. Prende atto dei progressi compiuti riguardo alla "direttiva servizi" e attende con interesse, nella prospettiva di mantenere un ritmo sostenuto, la proposta modificata della Commissione.

IX. Aliquote Iva ridotte (*Omissis*)

X. Ex Repubblica jugoslava di Macedonia

23. Il Consiglio europeo accoglie con favore il parere espresso dalla Commissione sulla domanda di adesione all'Unione europea presentata dall'ex Repubblica jugoslava di Macedonia. Si rallegra dei significativi processi compiuti da tale Paese verso l'adempimento dei criteri politici stabiliti dal Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993 e dei requisiti del processo di stabilizzazione e associazione definiti dal Consiglio nel 1997.

24. Alla luce dell'analisi svolta dalla Commissione, il Consiglio europeo decide di accordare lo *status* di Paese candidato all'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, tenuto conto in particolare dei sostanziali progressi compiuti nel completare il quadro legislativo relativo all'accordo quadro di Ohrid, nonché dei risultati da essa conseguiti dal 2001 nell'attuazione dell'accordo di stabilizzazione e di associazione (comprese le relative disposizioni in materia di scambi).

(Omissis)

XI. Fondo internazionale per l'Irlanda (*Omissis*)

XII. Relazioni esterne

27. Il Consiglio europeo adotta una dichiarazione sul Mediterraneo e il Medio Oriente, allegata alle presenti conclusioni.

(Omissis)

ALLEGATO I

Approccio globale in materia di migrazione: azioni prioritarie incentrate sull'Africa e il Mediterraneo

Il Consiglio europeo accoglie con favore la comunicazione della Commissione, del 30 novembre 2005, dal titolo *Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court.*

Il Consiglio europeo, nel contesto della strategia dell'UE per l'Africa e della strategia per la dimensione esterna nel settore GAI, nonché alla luce di recenti fatti verificatisi nella regione mediterranea, conviene di dare avvio ad azioni prioritarie incentrate sull'Africa e sui Paesi mediterranei.

Il Consiglio europeo conviene sull'urgente necessità di avviare a breve termine concrete azioni di ampia portata, nel quadro dei lavori in corso volti ad assicurare che la migrazione sia di giovamento per tutti i Paesi interessati. Occorre intervenire in modo da ridurre i flussi migratori clandestini e la perdita di vite umane, garantire il rientro dei migranti clandestini in condizioni di sicurezza, consolidare soluzioni durevoli per i profughi e sviluppare capacità per meglio gestire la migrazione, anche ottimizzando i benefici per tutti i *partner* coinvolti nella migrazione regolare, nel pieno rispetto dei diritti dell'uomo e del diritto della persona di chiedere asilo. Le azioni immediate esposte di seguito rientrano in un più vasto programma di sviluppo delle relazioni dell'UE con l'Africa e i paesi mediterranei mediante un autentico partenariato. Il Consiglio europeo accoglie altresì favorevolmente il dialogo e la cooperazione complementari che gli Stati membri conducono in questo settore.

Il Consiglio europeo sottolinea inoltre la necessità di un approccio integrato e globale per talune delle azioni prioritarie proposte, come le iniziative sulle rotte migratorie e sulla sicurezza in mare, che riguardano sia i Paesi mediterranei sia determinati Paesi africani.

Il Consiglio europeo, alla luce della comunicazione della Commissione, approva le azioni esposte in appresso ed invita il Consiglio e gli Stati membri ad operare in stretta collaborazione con la Commissione per attuarle durante il 2006.

Intensificare la cooperazione operativa tra Stati membri (Omissis)

Dialogo e cooperazione con l'Africa (Omissis)

Cooperazione con i paesi vicini (Omissis)

Finanziamento (Omissis)

Attuazione e relazione sui progressi compiuti (Omissis)

ALLEGATO II

Miglioramento della regolamentazione

Riduzione degli oneri che gravano sulle imprese e i cittadini attraverso la semplificazione e l'esame (Omissis)

Sistema riveduto di valutazione d'impatto (Omissis)

Metodo comune in ambito UE per la valutazione dei costi amministrativi imposti dalla legislazione (Omissis)

ALLEGATO III

Dichiarazione del Consiglio europeo

1. Il Consiglio europeo rinnova il suo impegno a favore di un Medio Oriente e di un Mediterraneo sicuri, prosperi e pacifici, nel rispetto dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti umani.

2. Il Consiglio europeo riconosce le sfide cui devono far fronte i Paesi del Medio Oriente e del Mediterraneo. Esorta tutti i *partner* a risolvere le rispettive controversie in modo pacifico, a rinunciare alla minaccia o all'uso della forza, a cessare ogni forma di istigazione e a promuovere la sicurezza regionale. Insiste affinché aderiscano e si conformino agli accordi internazionali di non proliferazione, controllo degli armamenti e disarmo e perseguano l'obiettivo di un'area mediorientale libera da armi di distruzione di massa e dai relativi vettori.

Li esorta ad affrontare il terrorismo e le reti del terrore. L'UE è impegnata a collaborare con tutti i Paesi per far fronte a queste sfide.

Iran (Omissis)

Iraq (Omissis)

Libano (Omissis)

Processo di pace in Medio Oriente (Omissis)

Stabilità regionale (Omissis)

Riforme politiche, sociali ed economiche (Omissis)

Processo di Barcellona (Omissis)

Libia (Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA DIRETTIVA N. 2004/35/CE SUL DANNO AMBIENTALE: ASPETTI GIURIDICI*

Sommario: **I. Premesse** - **II. Finalità e portata della direttiva n. 2004/35/Ce** - **1. Motivazioni** - **2. Struttura della direttiva n. 2004/35/Ce** - **A. Individuazione dell'ambiente nel quale il danno ambientale può verificarsi** - **a. Le specie e gli habitat** - **b. Le acque e il terreno** - **B. Nozione di danno** - **C. Conclusioni sul punto** - **3. Esimenti ed eccezioni** - **4. Azione di prevenzione** - **5. Azione di riparazione** - **6. Il ruolo delle associazioni ambientaliste** - **7. Attuazione della direttiva e sua applicazione nel tempo** - **III. Valutazioni finali e conclusive.**

I. Premesse

Poiché, dopo la mia, ben sette relazioni di valorosi colleghi si susseguiranno su altre problematiche specifiche concernenti il danno ambientale, oggetto del presente convegno, vorrei limitarmi a focalizzare, in questo intervento, gli obiettivi essenziali perseguiti dalla direttiva n. 2004/35/Ce nonché i principi e le regole più importanti che ne costituiscono il fondamento giuridico.

Alcune osservazioni preliminari sembrano opportune per introdurre il mio intervento.

È ormai a tutti palese che la materia ambientale è oggi quasi interamente disciplinata dalla normativa comunitaria.

Dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo (1° luglio 1987), del Trattato di Maastricht (1° novembre 1993) e del Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999), la normativa comunitaria in materia ambientale, già gradualmente sviluppatasi nel corso degli anni precedenti, si è alla fine consolidata nel rispetto dei principi fondamentali che attualmente derivano dagli artt. 174-

* Testo della relazione – integrata e ampliata – presentata dall'Autore al Convegno Nazionale sul tema «Le responsabilità in materia ambientale. Regime e soggetti» organizzato dal «Centro Studi Giuridici della Città di Gubbio» e dal «Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria» svoltosi a Gubbio l'11-12 novembre 2005

176 del Trattato Ce: principio di *precauzione*, principio di *prevenzione*, principio «*chi inquina paga*» e principio della *riduzione dei danni alla fonte*¹.

L'imponente produzione normativa in materia ambientale ha potuto trovare applicazione, come sappiamo, all'interno degli Stati membri, grazie a specifiche direttive comunitarie che hanno provveduto ad armonizzare le legislazioni nazionali adottate in tale materia.

Le direttive comunitarie di maggior impatto e importanza vengono concepite, come pure sappiamo, mediante una tecnica legislativa gestita dalla Commissione europea in modo molto efficace.

La tecnica consiste nell'affidare a specialisti e a studiosi, con competenze specifiche, l'elaborazione di ricerche approfondite destinate a diventare, in successione, i notissimi «*Libri verdi*»² e «*Libri bianchi*»³, che la Commissione europea pone alla fine a fondamento delle sue proposte di direttive.

Tale tecnica, a mio avviso, può essere considerata un segno distintivo, di indubbia rilevanza, del carattere democratico del sistema istituzionale dell'Unione europea⁴.

Anche la proposta di direttiva sul danno ambientale è stata concepita ed elaborata seguendo tale tecnica. La Commissione europea, per preparare il progetto iniziale, non solo ha effettuato le necessarie ricerche tenendo presente la Convenzione di Lugano del 1993⁵ sulla responsabilità civile per danno ambientale da attività pericolose, nonché le esperienze acquisite negli Stati Uniti d'America in questa materia⁶, ma ha anche consultato numerosissimi enti, organismi e centri di ricerca il cui elenco si trova nell'Allegato alla stessa proposta di direttiva⁷.

¹ Cfr. M. MELI, *Il principio comunitario «chi inquina paga»*, Milano, Giuffrè, 1996; G. TARANTINI, *Il principio «chi inquina paga», tra fonti comunitarie e competenze regionali*, in *Riv. giur. ambiente*, 1990, p. 727.

² Cfr., nel nostro caso, la Comunicazione della Commissione, *Libro verde sul risarcimento dei danni all'ambiente*, Com(93)47 del 14 maggio 1993; v. F. GIAMPIETRO, *Responsabilità per danno all'ambiente. L'Italia tra la Convenzione di Lugano e il Libro verde dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 1211.

³ Cfr. *Libro bianco sulla responsabilità per danno ambientale* della Commissione, Com(2000)66 finale del 9 febbraio 2000; v. B. POZZO, *Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro bianco della Commissione europea*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 623.

⁴ V. F. CAPELLI, *La partecipazione della Società civile alla costruzione dell'Unione politica dell'Europa*, nonché, F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, rispettivamente, 2001, p. 651 e 2004, p. 221.

⁵ Convenzione del Consiglio d'Europa del 1993, non ancora entrata in vigore.

⁶ Si tratta delle esperienze acquisite applicando il modello chiamato CERCLA, conosciuto anche come "Superfund", v. la relazione alla proposta di direttiva sul danno ambientale Com(2002)17 definitivo del 23 gennaio 2002; v. anche A. FERRERI, *Attività pericolose e responsabilità ambientale: nuova disciplina sulla prevenzione e sulla risarcibilità del danno all'ambiente*, in questa *Rivista*, 2005, p. 338 (nota 8).

⁷ V. Com(2002)17 definitivo, *cit. supra*, nota 6, p. 25 ss.

Si tratta di una lista impressionante di soggetti con sede in differenti Paesi europei e non europei, dotati delle più diverse competenze professionali, che sono stati invitati a partecipare alla consultazione pubblica e che hanno fornito i loro suggerimenti, i loro consigli e le loro puntuali risposte ai quesiti posti dalla Commissione.

Considerata l'accuratezza con cui la Commissione ha eseguito il suo lavoro, il cui obiettivo, non dimentichiamolo, era semplicemente quello di preparare soltanto una proposta di direttiva, non possiamo non pensare, con tristezza, alla tecnica legislativa che viene solitamente impiegata in Italia per adottare le leggi.

Ci sembra utile dedicare l'ultima osservazione preliminare alle modalità di lettura degli atti di origine comunitaria.

Se si tratta di una sentenza della Corte di giustizia, è sempre opportuno leggere prima le conclusioni dell'avvocato generale, che solitamente approfondiscono in modo efficace le problematiche giuridiche sottoposte al giudizio della Corte, mettendo sempre in evidenza anche gli aspetti sui quali, spesso volte, la sentenza è costretta invece a sorvolare.

La ragione è molto semplice: l'avvocato generale risponde solo a se stesso ed è libero di pensare e di scrivere ciò che vuole. La Corte di giustizia è invece composta da diversi giudici e per emettere la sentenza deve ottenere il consenso della maggioranza di essi, con la conseguenza che i punti controversi, sui quali il pieno accordo non si trova, o sono sostanzialmente trascurati oppure vengono trattati nella sentenza in modo del tutto insoddisfacente sotto il profilo giuridico.

Per converso, quando si ha di fronte un atto normativo comunitario (regolamento o direttiva), la tecnica di esame consigliata, per acquisire una conoscenza approfondita delle finalità e della portata dell'atto, è più complessa.

La tecnica migliore è quella di leggere innanzitutto la relazione che accompagna la proposta iniziale della Commissione europea, che è generalmente pubblicata in un documento disponibile sull'apposito sito *internet* della Commissione medesima. In secondo luogo occorre leggere i pareri del Comitato economico e sociale europeo (CESE) e del Comitato delle regioni, nonché, se possibile, ogni altro documento pertinente. Infine, prima di esaminare il testo dell'atto, bisogna leggere con attenzione i «*considerando*» che lo precedono, perché aiutano a capire meglio le finalità e la portata dell'atto medesimo.

Procediamo ora ad applicare la tecnica di esame appena descritta allo studio della direttiva n. 2004/35/Ce.

II. Finalità e portata della direttiva n. 2004/35/Ce

1. MOTIVAZIONI

I dati raccolti dalla Commissione europea per preparare la propria proposta di direttiva sul danno ambientale hanno rivelato la presenza, nei vari Paesi

europèi, di un numero considerevole di siti contaminati, ritenuti rischiosi per la salute pubblica e suscettibili di mettere in pericolo la biodiversità aggravando le situazioni esistenti di danno ambientale⁸.

Tale constatazione ha giustificato la decisione della Commissione di superare le incertezze del passato e di procedere alla messa a punto di un sistema giuridico di prevenzione e di riparazione del danno ambientale che è stato alla fine recepito nella direttiva n. 2004/35/Ce⁹.

2. STRUTTURA DELLA DIRETTIVA N. 2004/35/CE

Il sistema giuridico di prevenzione e di riparazione del danno ambientale, accolto nella direttiva, è basato sul principio «*chi inquina paga*» che sopra abbiamo richiamato. Di conseguenza, secondo il sistema concepito dalla direttiva n. 2004/35/Ce, vengono considerati «*finanziariamente responsabili*» gli operatori che, con la loro attività, abbiano causato un danno ambientale o possono determinare la minaccia (imminente) di un danno del genere.

Come si vede, la direttiva non solo persegue uno scopo riparatorio (quando il danno si è ormai verificato) ma ne persegue anche uno di contenuto preventivo, per evitare che il danno minacciato si verifichi (o per limitarne le proporzioni).

Gli operatori «*finanziariamente responsabili*» sono divisi in due categorie, a ciascuna delle quali viene attribuita una specifica responsabilità¹⁰.

Nella prima rientrano (art. 3, par. 1 della direttiva n. 2004/35/Ce) gli operatori che esercitano le attività di cui all'Allegato III della direttiva medesima. Trattandosi di attività classificate come pericolose¹¹, per gli operatori appartenenti a questa categoria opera una sorta di responsabilità oggettiva che comprende tutti i tipi di danno ambientale considerati dalla direttiva, che più avanti saranno esaminati.

Di contro, sugli operatori della seconda categoria, che non esercitano le attività considerate pericolose di cui sopra, incombe una responsabilità civile fondata sul loro comportamento doloso o colposo che opera, però, unicamen-

⁸ La Commissione, a p. 4 della relazione alla sua proposta di direttiva *cit. supra*, nota 6, parla di 300.000 siti contaminati.

⁹ Direttiva n. 2004/35/Ce, in *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 56. Su tale direttiva v. B. POZZO, *Introduzione alla nuova direttiva in materia di responsabilità ambientale*, in *La responsabilità ambientale*, Quaderni della *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁰ In generale, sull'imputazione della responsabilità, cfr. P. DELL'ANNO, *Il danno ambientale e i criteri di imputazione della responsabilità*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 1.

¹¹ Tali attività sono soggette, di regola, ad autorizzazioni e licenze, cfr. la direttiva n. 96/61/Cee (*Guce* n. L 257 del 1996) sulla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento.

te per i danni provocati alle specie e agli *habitat* protetti in sede comunitaria e nazionale, che in seguito saranno precisati.

A. *Individuazione dell'ambiente nel quale il danno ambientale può verificarsi*

Una volta individuati i soggetti che possono essere ritenuti responsabili e una volta definito il tipo di responsabilità su di essi rispettivamente incombente, occorre ora procedere, alla luce dell'art. 2 della direttiva, all'identificazione dell'ambito particolare, delle specie e delle aree (*habitat*) che formano l'ambiente nel quale può verificarsi il danno ambientale considerato dalla direttiva medesima.

a. *Le specie e gli habitat*

Sulla base dell'art. 2, par. 3 della direttiva n. 2004/35/Ce, le specie alle quali occorre far riferimento sono quelle protette dall'art. 4, par. 2 della direttiva n. 79/409/Cee sugli uccelli selvatici¹², vale a dire le «specie migratrici» (che ritornano negli stessi siti) nonché quelle elencate nell'Allegato I della medesima direttiva (oltre settanta specie di uccelli). Devono essere ugualmente ricomprese le specie indicate negli Allegati II e IV della cosiddetta direttiva «*Habitat*» n. 92/43/Cee¹³ che contengono l'elenco di numerose specie animali e vegetali.

Anche per quanto riguarda gli *habitat* (aree), occorre far riferimento sia a quelli considerati dalla direttiva n. 79/409/Cee, sia a quelli considerati dalla direttiva n. 92/43/Cee, entrambe appena citate. Si tratta, in sostanza, di aree («*Habitat naturali*») protette in sede comunitaria e nazionale tanto in funzione delle specie che le frequentano (come, ad esempio, i siti che vengono utilizzati dagli uccelli per gli spostamenti migratori oppure per il ripopolamento) quanto in funzione delle loro caratteristiche morfologiche (macchie, boscaglie, paludi, torbiere, sabbie, etc.).

b. *Le acque e il terreno*

L'ambiente, nel quale può verificarsi un danno ambientale considerato nella direttiva qui esaminata (art. 2, par. 1, lett. b. della direttiva n. 2004/35/Ce), è anche costituito dalle acque così come disciplinate dalla direttiva n. 2000/60/Ce¹⁴.

¹² Direttiva n. 79/409/Cee (*Guce* n. L 103/1979) sulla conservazione degli uccelli selvatici.

¹³ Direttiva n. 92/43/Cee (*Guce* n. L 206/1992) sugli *habitat* naturali.

¹⁴ Direttiva n. 2000/60/Ce (*Guce* n. L 327/2000) che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

Da ultimo, l'art. 2, par. 1, lett. c. della stessa direttiva n. 2004/35/Ce fa riferimento al terreno, che può essere considerato un ambiente suscettibile di subire un danno ambientale nel senso della direttiva, soltanto in presenza di una contaminazione che costituisca un rischio per la salute umana a causa delle sostanze immesse nel suolo o nel sottosuolo.

B. Nozione di danno

All'art. 2, par. 2 della direttiva n. 2004/35/Ce qui esaminata, il danno viene definito come «un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale che può prodursi direttamente o indirettamente».

Da tale definizione si deduce innanzitutto che per danno ambientale si intende un danno *pubblico* ambientale¹⁵ con esclusione dei danni alle persone e alle proprietà private che rimangono assoggettati alla normale disciplina civilistica (responsabilità per danni regolata, ad esempio, in Italia, dagli artt. 2043 e 2050 c.c.).

Ne consegue che sia il «*considerando*» n. 29, sia l'art. 16, par. 2 della direttiva n. 2004/35/Ce si riferiscono in modo inesatto alla possibilità che un'autorità pubblica possa avviare un'azione di risarcimento del danno ambientale nel senso della direttiva, in concorrenza con un privato che, avendo nel contempo subito danni ai beni di sua proprietà, abbia ugualmente avviato un'azione di risarcimento nei confronti dello stesso soggetto responsabile dei danni considerati dalla direttiva medesima (cosiddetto «doppio recupero»)¹⁶.

Appare evidente che il legislatore comunitario, in tal caso, ha usato un'espressione infelice, in quanto le due azioni appena ipotizzate hanno fondamenti giuridici del tutto diversi e possono essere avviate anche contemporaneamente, purché in modo separato ed autonomo¹⁷.

In secondo luogo, dalla definizione sopra riportata, se collegata a quella di «danno ambientale» di cui al par. 1 dello stesso art. 2 della direttiva n.

¹⁵ Correttamente potrebbe essere inteso come un danno arrecato ad un bene (ambiente) di natura pubblica e collettiva, cfr. sul punto, P. LOTTI, *La liquidazione del danno ambientale*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2006, p. 13.

¹⁶ V. sul punto, D. DE STROBEL, *La direttiva 2004/35/Ce sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale e la relativa problematica assicurativa*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2004, p. 661.

¹⁷ Si può ipotizzare il caso di uno sversamento di sostanze tossiche in un lago che abbia provocato, nel contempo, un danno ambientale nel senso della direttiva e danni specifici ad un allevamento di pesci gestito da un'impresa privata. Non vi è dubbio che il responsabile debba rispondere per entrambi i danni provocati e, per quanto riguarda l'impresa danneggiata, essa potrà avviare l'azione di risarcimento in base alle norme di diritto civile. A tale proposito si veda il comma 440 della legge finanziaria per il 2006 (l. n. 266 del 23 dicembre 2005, in *Guri* n. 302 del 29 dicembre 2005, *suppl. ord.*) secondo cui: «resta fermo il diritto dei soggetti proprietari di beni danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dell'interesse proprietario leso».

2004/35/Ce, si deduce che, per accertare la rilevanza del danno, occorre effettuare valutazioni diverse a seconda del danno considerato. Quando si tratta, infatti, di danno alle acque o al terreno, la rilevanza del danno dovrebbe essere valutata facendo riferimento ai soli criteri contenuti, rispettivamente, nella lettera *b.* o nella lettera *c.* del citato par. 1 dell'art. 2 della direttiva n. 2004/35/Ce.

Di contro, quando ci si riferisce alle «specie» e agli «*habitat naturali*» protetti, il danno considerato dalla direttiva dovrebbe essere di entità particolare, tenendo conto dell'impatto che esso deve esercitare.

A tale conclusione si perviene, come è stato osservato¹⁸, se il qualificativo «misurabile», contenuto nella definizione di danno sopra riportata, viene collegato alla precisazione di cui alla lettera *a.* del par. 1 dello stesso art. 2 della direttiva n. 2004/35/Ce che, nel fornire la nozione di «danno ambientale» con riferimento alle specie e agli *habitat*, parla di: «significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole» delle specie o degli *habitat* che vengono (o possono essere) danneggiati.

Il riferimento a «significativi effetti negativi» che devono essere «misurabili» e pregiudicare il «raggiungimento o il mantenimento dello stato di conservazione favorevole» dei beni protetti, implica che il danno considerato dalla direttiva dovrebbe essere rilevante. A tale conclusione si perviene anche prendendo in considerazione l'Allegato I della direttiva n. 2004/35/Ce che contiene i criteri cui occorre fare riferimento per valutare il carattere significativo di un danno alle specie e agli *habitat* protetti.

C. Conclusioni sul punto

Riassumendo e concludendo sul punto qui esaminato: il danno ambientale considerato dalla direttiva è unicamente quello riguardante le specie, gli *habitat*, le acque e il terreno, sopra menzionati, che si verifichi (o sia suscettibile di verificarsi) alle condizioni ed entro i limiti pure sopra descritti.

Il danno deve sempre avere una sua rilevanza e, nel caso in cui esso riguardi le specie e gli *habitat* protetti, la sua entità deve poter essere misurata prendendo come parametro di riferimento «il raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole» delle specie e degli *habitat* considerati dalla direttiva.

Tale misurazione deve essere effettuata partendo dalle condizioni originarie delle specie e degli *habitat* considerati, con applicazione dei criteri di valutazione riportati all'Allegato I della direttiva n. 2004/35/Ce.

Volendo, quindi, stabilire quale sia lo stato di conservazione favorevole di particolari *habitat* risultati danneggiati, occorrerà, sulla base dei criteri in-

¹⁸ V. D. DE STROBEL, *La direttiva 2004/35/Ce, cit. supra*, nota 16, p. 683.

dicati nel citato Allegato I della direttiva, verificare se, rispetto alle condizioni originarie, le aree corrispondenti si siano, ad esempio, ridotte oppure mantenute (e in quali proporzioni).

Analogamente occorrerà procedere per valutare lo stato di conservazione favorevole delle specie (uccelli, animali, vegetali) che abbiano subito danni.

Da ultimo, ritornando alle due categorie di operatori sopra menzionate, occorre precisare che la responsabilità di tipo «oggettivo» incombente sugli operatori appartenenti alla prima categoria (che si riferisce, come sappiamo, alle attività «pericolose» elencate nell'Allegato III della direttiva n. 2004/35/Ce) riguarda tutti i tipi di danno (o di minaccia di danno) sopra esaminati (danno alle specie, agli *habitat*, alle acque e al terreno). Al contrario, la responsabilità di carattere civile (fondata sul dolo o sulla colpa) che incombe su tutti gli altri operatori riguarda unicamente il danno (o minaccia di danno) alle specie e agli *habitat* sopra indicati ed alle condizioni stabilite dalla direttiva (cfr. art. 3 della direttiva n. 2004/35/Ce).

3. ESIMENTI ED ECCEZIONI

L'art. 4 della direttiva n. 2004/35/Ce prevede l'applicazione di esimenti e di eccezioni nei confronti di tutti gli operatori appartenenti alle due categorie sopra indicate.

Per quanto riguarda le esimenti, si tratta delle classiche ipotesi universalmente riconosciute che risultano applicabili ai rapporti giuridici disciplinati negli ordinamenti di tutti gli Stati membri.

In sostanza, la direttiva esclude l'applicazione delle regole in essa previste tanto al danno ambientale causato da: «conflitto armato, ostilità, guerra civile o insurrezione» quanto a quello provocato da «un fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile e incontrollabile»¹⁹.

Per quanto riguarda le eccezioni, la direttiva (art. 4, par. 2 e par. 4) esclude l'applicazione delle regole in essa previste al danno ambientale causato da un incidente i cui effetti risultano assoggettati alla disciplina speciale delle convenzioni internazionali elencate negli Allegati IV e V della direttiva medesima (in materia di idrocarburi e in materia nucleare).

Uguualmente sono previste eccezioni (art. 4, par. 3) che possono essere invocate dagli operatori con riferimento alla Convenzione internazionale sulla limitazione della responsabilità per crediti marittimi ed a quella sulla limitazione della responsabilità nella navigazione interna.

Un'ultima eccezione riguarda il danno ambientale causato da «inquinamento di carattere diffuso», come, ad esempio, quello causato dalle piogge aci-

¹⁹ Si tratta di un'indicazione specifica di ipotesi ricomprese nel concetto di «caso fortuito o forza maggiore». Un esempio può essere fornito dall'uragano Katrina, che ha devastato la città di New Orleans (U.S.A.) nel 2005.

de. Questo tipo di danno ambientale, secondo il par. 5 dell'art. 4, può rientrare tra quelli considerati dalla direttiva n. 2004/35/Ce soltanto qualora «sia possibile accertare un nesso causale tra il danno e le attività di singoli operatori».

4. AZIONE DI PREVENZIONE

Come abbiamo ricordato agli inizi, la direttiva n. 2004/35/Ce persegue anche uno scopo di carattere preventivo, vale a dire quello di evitare, per quanto possibile, che il danno si verifichi.

Di conseguenza, il suo art. 5 è interamente dedicato all'azione preventiva da avviare quando il danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che possa verificarsi.

In estrema sintesi, la norma prevede che l'operatore intervenga immediatamente, a sue spese, facendo tutto il possibile per evitare il verificarsi del danno. Se il suo intervento non fosse sufficiente è previsto che gli Stati membri impongano all'operatore di informare al più presto l'Autorità competente.

L'Autorità competente, a sua volta, può impartire all'operatore tutte le istruzioni ritenute necessarie e, all'occorrenza, può adottare essa stessa le misure ritenute opportune.

In tal caso, qualora sussistano le condizioni previste dall'art. 8 della direttiva, l'Autorità può recuperare presso l'operatore le spese da essa sostenute. Per l'azione di recupero è stabilito un termine di decadenza di cinque anni con la decorrenza indicata all'art. 10 della direttiva.

5. AZIONE DI RIPARAZIONE

L'art. 6 della direttiva disciplina le azioni da porre in essere quando il danno ambientale si è ormai verificato.

Come nel caso delle azioni di prevenzione, l'operatore deve effettuare ogni intervento ritenuto necessario ed opportuno informando sistematicamente l'Autorità competente, la quale può impartirgli tutte le istruzioni per quanto riguarda le misure da adottare che, in caso di necessità, l'Autorità stessa potrà direttamente adottare. Anche in questo caso, se sussistono le condizioni previste dall'art. 8 della direttiva, l'Autorità potrà recuperare presso l'operatore le spese da essa sostenute, con lo stesso termine di decadenza di cui all'art. 10 della direttiva applicabile nelle azioni di prevenzione sopra esaminate.

Il successivo art. 7 della direttiva si riferisce alle misure di riparazione da adottare che l'operatore deve presentare all'Autorità competente per l'approvazione.

Tale art. 7 fa espresso riferimento all'Allegato II della direttiva medesima che stabilisce «un quadro comune da rispettare per scegliere le misure più appropriate cui attenersi per garantire la riparazione del danno ambientale».

In effetti tale Allegato II fornisce una descrizione precisa e minuziosa delle diverse misure di riparazione che possono essere adottate con riferimento ai vari tipi di danno ambientale, compreso il danno al terreno²⁰.

Per quanto riguarda la messa a carico dell'operatore dei costi imputabili alle azioni di prevenzione o di riparazione del danno ambientale di cui agli artt. 5 e 6 della direttiva, il successivo art. 8 prevede particolari deroghe connesse a circostanze specifiche che devono essere provate dall'operatore medesimo.

Relativamente, infine, all'imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno, l'art. 9 della direttiva consente a ciascun Stato membro di applicare le proprie regole nazionali.

Non sembra questa però una soluzione felice, in quanto può avvenire che in qualche Stato membro si applichi il principio della responsabilità solidale e, in qualche altro, quello della responsabilità separata e distinta.

Per quanto riguarda infine la riparazione dei danni al terreno, il punto 2 dell'Allegato II, impone di adottare misure specifiche in ragione della situazione attuale e futura del terreno, tenendo conto dei rischi per la salute umana che devono essere assoggettati ad una precisa valutazione.

6. IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI AMBIENTALISTE

Gli artt. 12 e 13 della direttiva n. 2004/35/Ce riconoscono alle associazioni ambientaliste significativi poteri sia per quanto riguarda la possibilità di denunciare all'Autorità amministrativa l'esistenza di danni ambientali nel senso della direttiva, sia per quanto riguarda la facoltà di adire l'Autorità giu-

²⁰ L'Allegato II fa riferimento alla riparazione di tutti i danni ambientali considerati dalla direttiva, ma tiene separate le modalità di riparazione dei danni al terreno da quelle concernenti la riparazione di tutti gli altri danni. Per questi ultimi, al punto n. 1 dell'Allegato II, si precisa che: «La riparazione del danno ambientale, in relazione all'acqua o alle specie e agli *habitat* naturali protetti, è conseguita riportando l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie tramite misure di riparazione primaria, complementare e compensativa». Più avanti lo stesso Allegato II fornisce le definizioni delle tre diverse forme di riparazione chiarendo con precisione che si intende per: «*a. riparazione "primaria"*: qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie; *b. riparazione "complementare"*: qualsiasi misura di riparazione intrapresa in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati; *c. riparazione "compensativa"*: qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo; *d. "perdite temporanee"*: perdite risultanti dal fatto che le risorse e/o i servizi naturali danneggiati non possono svolgere le loro funzioni ecologiche o fornire i servizi ad altre risorse naturali o al pubblico fino a che le misure primarie o complementari non abbiano avuto effetto».

Il punto n. 1 dell'Allegato II termina con questa precisazione: «Qualora la riparazione primaria non dia luogo a un ritorno dell'ambiente alle condizioni originarie, si intraprenderà la riparazione complementare. Inoltre, si intraprenderà la riparazione compensativa per compensare le perdite temporanee. La riparazione del danno ambientale, in termini di danno all'acqua o alle *specie* e agli *habitat* naturali protetti, implica inoltre che si deve sopprimere qualsiasi rischio significativo di effetti nocivi per la salute umana». Per quanto riguarda la quantificazione del danno ambientale in Italia, v. la successiva nota 22 *in fine*.

diziaria allo scopo di far controllare la legittimità dei provvedimenti adottati dalla predetta Autorità amministrativa.

Tale riconoscimento di poteri è senz'altro da condividere, in quanto è in linea con l'indirizzo da tempo seguito in sede comunitaria di coinvolgere in modo sistematico la società civile in tutte le iniziative concernenti la tutela ambientale²¹.

7. ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA E SUA APPLICAZIONE NEL TEMPO

In base all'art. 19 della direttiva n. 2004/35/Ce, le disposizioni in essa contenute devono essere recepite negli ordinamenti degli Stati membri entro il 30 aprile 2007²².

Per quanto riguarda l'applicazione della direttiva nel tempo, l'art. 17 stabilisce che essa non si applica né «al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi prima della data» sopra indicata (30 aprile 2007) né «al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi dopo la data» predetta «se derivante da una specifica attività posta in essere e terminata prima di detta data» (30 aprile 2007).

In ogni caso si applica una prescrizione di trenta anni a partire dall'emissione, o dall'evento o dall'incidente che ha causato il danno.

III. Valutazioni finali e conclusive

Per quanto la direttiva non si presti ad una facile lettura, il quadro giuridico che essa delinea è chiaro e ragionevolmente preciso. I principi sui quali essa si basa sono senz'altro da condividere, come pure da condividere sono gli obiettivi perseguiti.

Una critica che può essere mossa alla direttiva riguarda la sua scarsa o nulla incidenza nei casi in cui l'operatore responsabile del danno ambientale risulti insolvente.

Basta leggere infatti l'art. 14, par. 1 della direttiva, dedicato alla garanzia finanziaria, per rendersi conto di questo. Si tratta di una norma programmati-

²¹ Cfr. direttiva n. 2003/4/Ce sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale (*Gu-Ue* n. L 41 del 2003) attuata in Italia con dlgo n. 195 del 19 agosto 2005.

²² Occorre segnalare che l'Italia ha provveduto sostanzialmente a recepire la direttiva n. 2004/35/Ce nel nostro ordinamento (pur avendo previsto il suo recepimento formale nella comunitaria 2004, approvata con l. n. 62 del 18 aprile 2005, in *Guri* n. 96 del 27 aprile 2005, *suppl. ord.*) tramite specifiche disposizioni del c.d. «Codice dell'Ambiente» contenuto nel dlgo n. 152 del 3 aprile 2006, pubblicato in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord.* Alla disciplina del danno ambientale è dedicata la parte sesta del «Codice dell'Ambiente» (artt. 299-318). Per quanto riguarda il danno ambientale, l'art. 314 par. 3 del «Codice dell'Ambiente» precisa che: «la quantificazione del danno ambientale deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino».

ca del tutto inefficace che riserva ogni decisione in proposito ai singoli Stati membri.

La Commissione, in base all'art. 14, par. 2 della direttiva medesima, presenterà una relazione, entro il 30 aprile 2010, con la possibilità di formulare opportune proposte di modifica sul punto che qui interessa²³.

Tra le soluzioni proponibili vi è anche quella di introdurre un sistema di assicurazione armonizzata obbligatoria a carico degli operatori: a tal proposito si potrebbe pensare all'imposizione di massimali assicurativi precisi e ragionevoli allo scopo di non gravare oltremisura le società di assicurazione.

I singoli Stati membri, potrebbero, d'altra parte, procedere in tal senso di propria iniziativa.

Fausto Capelli

²³ Cfr. a tale proposito la Dichiarazione della Commissione pubblicata alla fine del testo della direttiva n. 2004/35/Ce (*Gu-Ue* n. L 143 del 2004, p. 75).

RECENSIONI

Mario P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2004, € 39,00

È noto che la nascita del diritto amministrativo comunitario come disciplina scientifica autonoma coincide con la stagione normativa iniziata all'epoca dell'Atto unico europeo e del mercato unico come spazio giuridico unificato e armonizzato.

All'interno dello spazio amministrativo comunitario contrassegnato dai preesistenti trattati fondanti l'ordinamento esistevano peraltro principi di diritto sostanziale e di diritto processuale ben antecedenti all'epoca dell'Atto unico.

Dalla combinazione dei due livelli normativi è emerso un sistema abbastanza compiuto messo a confronto con la innovazione legislativa e con una giurisprudenza comunitaria e nazionale sempre più avvertita e scaltrita da esperienze concrete.

Di tale esperienza il manuale qui recensito costituisce l'espressione dottrinale più compiuta e prestigiosa pervenuta com'è alla sua seconda edizione dopo quella precedente del 1999.

Con la espressione «diritto amministrativo comunitario» ci si intende infatti riferire tanto al diritto amministrativo di fonte comunitaria (Trattati, regolamenti, direttive, decisioni) quanto al diritto amministrativo italiano inteso come insieme di norme nazionali di applicazione finalizzate al rispetto di quelle comunitarie.

Tale nozione è ampia e in un certo senso combinatoria dell'amministrazione euro-nazionale e della tutela del cittadino di fronte agli atti provenienti da ambedue ed è destinata ad un grande risalto, anche costituzionale, in specie dopo la revisione del titolo V della Costituzione italiana introdotta con la nota legge n. 3/01 largamente ispirata a principi innovatori già introdotti a livello comunitario (sussidiarietà, proporzionalità, elasticità e flessibilità del sistema amministrativo).

Così riconosciuti i grandi meriti dell'opera qui in oggetto, essa si colloca nel grande panorama della dottrina amministrativa, non solo italiana ma anche di altri paesi europei, con un proprio sistema concettuale e terminologico ormai ben collaudato ovviamente vicino a quello dei paesi di *civil law* (modello amministrativo francese, austriaco, tedesco) ma altrettanto sensibile ai modelli amministrativi di *common law*, più particolarmente attenti al ruolo dell'amministrazione come soggetto paritario nel contesto sociale generale.

Com'è noto, infatti, l'assunzione da parte della Comunità europea di nuove e rilevanti funzioni ha avuto quali inevitabili conseguenze il restringimento dell'autonomia delle amministrazioni nazionali e la nascita di un'amministrazione comunitaria che opera direttamente o in congiunzione con le autorità nazionali degli stati membri, secondo le norme poste in essere dall'Unione, al fine di garantire il soddisfacimento degli interessi individuati a livello comunitario.

Allo stesso modo, l'estendersi quantitativo delle politiche comunitarie ha permesso la concreta esplicazione di un'autonoma funzione amministrativa in capo alla Comunità (principalmente attribuita alla Commissione europea chiaramente riconoscibile come centro dell'attività amministrativa dell'Unione) e il progressivo allargamento dell'area degli atti amministrativi comunitari.

È noto in proposito che per provvedimenti amministrativi comunitari si intendono sia gli atti previsti dai trattati quali decisioni e pareri, sia altri atti previsti nel diritto derivato e variamente denominati. In merito, si deve, tuttavia, tenere conto di un quadro delle fonti e degli atti comunitari che non appare del tutto definito; la Corte di giustizia, ritiene, infatti che la natura di un atto non sia determinata dalla qualificazione formale, ma dai suoi caratteri sostanziali e ciò, eventualmente, realizza un'aporia sul piano dell'inquadramento formale degli atti, peraltro riscontrabile anche nel diritto amministrativo nazionale.

L'opera recensita si compone di undici capitoli, suddivisi in due parti distinte: nella prima (Cap. I - IV), l'Autore analizza la Comunità europea quale nuovo tipo di organizzazione internazionale evidenziandone le peculiari caratteristiche che la differenziano dal modello tradizionale (p. 43-86) e definendo i rapporti intercorrenti tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri ivi compreso quello italiano (p. 89-129).

Nella seconda sezione, (Cap. V - XI) viene analizzato il sistema del diritto amministrativo comunitario. L'Autore parte dall'esame delle fonti del diritto amministrativo dell'Unione (p. 161-212); appare degna di menzione sia l'attenzione posta all'analisi delle fonti atipiche, i c.d. atti di *soft law*, sia l'esposizione dei meccanismi che consentono l'attuazione delle norme comunitarie all'interno degli ordinamenti nazionali ed in particolare in quello italiano.

Successivamente, viene analizzato in dettaglio il sistema comunitario, ponendone in rilievo gli elementi di diritto amministrativo attraverso un esame delle funzioni ad esso attribuite (p. 217-247), dell'organizzazione istituziona-

le (p. 287-346), delle procedure finanziarie e delle problematiche relative al personale (p. 351-401), giungendo, infine, alla ricostruzione del sistema dei procedimenti e degli atti amministrativi (p. 403-479) e alla tutela giurisdizionale (p. 483-601).

Il quadro tracciato delinea un ordinamento amministrativo comunitario strettamente integrato con quello degli Stati membri che rende necessarie nuove forme di coordinamento ed indirizzo espresse, ove necessario, attraverso atti diversi da quelli tipizzati dai trattati, di carattere eminentemente amministrativo, aventi quali destinatari sia gli organismi comunitari sia le amministrazioni nazionali operanti per fini comunitari.

Nella specie, particolarmente interessante appare, nell'analisi dell'Autore, l'evoluzione del procedimento amministrativo nel diritto comunitario. Partendo dalla iniziale concezione del procedimento amministrativo comunitario, influenzata dal diritto privato, che dava scarsa rilevanza agli atti preparatori non aventi influenza esterna, si giunge all'odierna configurazione del procedimento amministrativo quale momento di acquisizione di tutti gli interessi, della loro valutazione e comparazione.

Un ulteriore elemento di rivalutazione della fase procedimentale deriva dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che nella sua attività di determinazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario, ha definito i parametri teorici sul procedimento, in alcuni casi rielaborando quelli degli Stati membri, in altri creandone nuovi di matrice puramente comunitaria.

Le amministrazioni nazionali, appaiono ormai direttamente coinvolte nei procedimenti comunitari, secondo il modulo dell'amministrazione a carattere composto, secondo una dinamica di integrazione che supera la distinzione tra procedure esecutive dirette e procedure indirette.

Le conseguenze dell'amministrazione congiunta sono molteplici; le amministrazioni nazionali coinvolte nell'esecuzione della normativa comunitaria ne rimangono influenzate nei procedimenti e nell'organizzazione che viene rivista per rispondere alle nuove esigenze.

Il diritto comunitario influenza largamente le amministrazioni nazionali, obbligando in alcuni casi gli Stati membri dell'Unione a istituire nuove strutture amministrative o ad estinguere organismi già operanti per attuare i provvedimenti richiesti dall'applicazione della normativa comunitaria.

Il tema della tutela giurisdizionale appare trattato in modo particolarmente approfondito attraverso l'esame dei singoli procedimenti dinanzi alla Corte di giustizia previsti dai Trattati, tramite un ampio ricorso alla giurisprudenza comunitaria con la finalità di determinare i caratteri di ogni tipologia di ricorso.

Di particolare interesse, per la completezza dell'esposizione, appaiono le pagine dedicate alla responsabilità extracontrattuale della Comunità e degli Stati membri per violazione del diritto comunitario e alle conseguenze sui diritti nazionali.

La giurisprudenza comunitaria tende, in proposito, ad ampliare la portata del principio di responsabilità a situazioni qualificabili nel nostro ordinamento come interessi legittimi, riallacciandosi alla problematica della risarcibilità degli stessi.

Vengono infine esaminati i poteri dei giudici nazionali in materia di tutela del diritto comunitario; nell'ordinamento dell'Unione, infatti, i giudici nazionali rappresentano il primo livello di tutela dei cittadini di fronte a violazioni del diritto comunitario e sono investiti del dovere di disapplicare gli atti amministrativi nazionali che lo contrastino.

L'Autore, sulla scorta di alcune sentenze della Corte di giustizia orientate in tal senso, esamina la problematica della sollevabilità d'ufficio di motivi comunitari da parte dei giudici nazionali; detto potere modifica notevolmente i poteri del giudice amministrativo che, sebbene sempre vincolato dal *petitum*, sarebbe libero nella ricerca della norma rilevante per la decisione del caso concreto.

L'incidenza comunitaria, secondo l'Autore, sta facendo saltare progressivamente l'impianto della tutela impugnatoria a favore di una tutela piena, con il giudice destinato a divenire a pieno titolo giudice del rapporto.

Menzione a parte merita l'apparato bibliografico, posto alla fine del volume e diviso per capitoli, che con la sua accuratezza supporta pienamente la difficile ricostruzione del sistema amministrativo comunitario.

In conclusione, il manuale qui recensito realizza pienamente gli obiettivi perseguiti dall'Autore, ricostruendo in modo organico ed unitario il sistema amministrativo comunitario; non può non porsi in evidenza l'importanza che volumi come questo assumano nella ricerca in materia di diritto amministrativo europeo contribuendo significativamente a determinarne la definitiva affermazione in ambito normativo, giurisprudenziale e scientifico. L'opera si presenta come uno strumento fondamentale sia per gli studiosi della disciplina, sia per gli operatori giuridici che, con frequenza quotidiana, si confrontano con problematiche che rientrano nella competenza del diritto comunitario, ivi compresi alcuni aspetti più legati alla particolare evoluzione assunta dal diritto degli stranieri extracomunitari per la loro attività di ingresso e di stabilimento nonché di eventuale espulsione dal territorio dell'Unione.

Anche per questi motivi, di più recente attualità, la trattazione completa del sistema di diritto amministrativo comunitario appare ancor più attuale ed indispensabile sotto il profilo pratico-professionale e come criterio di orientamento per tutti gli operatori dei vari settori coinvolti.

Mario Palma

Giuseppe Tesaro, *Diritto comunitario*, III ed., Padova, Cedam, 2003, pp. XXIV-865, € 45,00

Fausto Pocar, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. XVI-366, € 25,00

Ugo Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, IV ed., *Parte istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. XXXVII-283, € 18,00

Ugo Draetta – Nicoletta Parisi, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, II ed., *Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. XXXI-370, € 23,00

Era prima o poi ineludibile un esame di coscienza approfondito sui compiti propri della manualistica nel momento di massimo sviluppo e di conseguente crisi del diritto comunitario, ancora non maturo per una piena emancipazione rispetto alla sua storia pregressa ed ai limiti storici ad esso storicamente assegnati. Perciò al lettore della *Rivista* non sembri superflua una tripla recensione dedicata ad alcuni manuali più noti ed accorsati dell'ultima generazione nel settore del diritto comunitario. Inserendosi in una tradizione di manualistica già affermata fin dalla fine degli anni '70 essi hanno con meritevole continuità condotto gli studi del settore fino ai più recenti sviluppi. Come loro caratteristica peculiare si segnala l'originalità di ciascuno di essi nella prospettiva della difesa intransigente dell'autonomia del diritto comunitario valutata, sia pure in modo diverso, rispetto agli altri due ordinamenti con esso coesistenti ed aventi una ben più antica tradizione come quello internazionale e statale-interno.

Il Manuale del Tesaro si presenta come il più rigoroso ed intransigente difensore dell'autonomia disciplinare e scientifica del diritto comunitario la cui esposizione e presentazione al lettore viene compiuta con un dialogo diretto e sempre molto affascinante. L'Autore, infatti, è ben consapevole della peculiare originalità del fenomeno comunitario la cui matrice internazionalistica di stampo "sovrannazionale" ne ha assicurato la forza motrice nel corso dei decenni, come presidio delle libertà fondamentali del cittadino all'interno del Mercato comune e del Mercato unico. Alla luce di tale visione generale, ben si giustificano l'ampia introduzione e le due estese parti, prima e seconda, articolate in complessivi otto capitoli, idonee a fare del testo in esame un vero grande manuale per l'ampiezza della materia trattata, per il grado di approfondimento e, infine, per l'analisi di ciascuno aspetto anche speciale o particolare.

Dati gli sviluppi conseguiti dall'ordinamento comunitario, la dimensione assunta dal volume appare idonea a renderne conto sia nella parte generale (pp. 27-353), sia in quella speciale (pp. 367-785). Nella predetta parte generale la presentazione sistematica dell'opera appare la più semplice ed oggettiva in quanto destinata a proiettare il c.d. «sistema giuridico comunitario» nell'ottica della sua struttura istituzionale (cap. I), delle norme che lo compongono (cap. II) e della tutela giurisdizionale (cap. III).

Questa è probabilmente la ragione principale del successo rapidamente raggiunto dall'opera in esame tutta incentrata su una visione istituzionalistica del fenomeno mirante a ricostruirne la "forza vitale" nel contesto del c.d. «diritto vivente». In questa ottica la parte seconda risulta volutamente limitata al diritto del mercato comune, dei beni, delle persone e dei capitali, completati dall'analisi dell'Unione economica e monetaria post-Maastricht e dal correlato quadro delle norme di concorrenza definite dall'Autore come «applicabili alle imprese» (p. 593 ss.) ed «applicabili agli Stati» (p. 717 ss.)

L'opera si conclude con tre indici delle sentenze, delle voci analitiche e delle tabelle di corrispondenza fra i Trattati comunitari pre-Maastricht e i Trattati unionistici post-Maastricht (art. 12 del Trattato di Amsterdam). Ne risulta, complessivamente, una costruzione comunitaristica originale e peculiare volutamente tenuta al riparo dalle contaminazioni del diritto costituzionale *in fieri*, ritenuto appartenente alle prospettive future dell'ordinamento come sviluppo e fase di evoluzione dell'intero cinquantennio pre-costituzionale fino ad ora maturato con l'esperienza comunitaria a partire dalla metà degli anni '50 del secolo scorso.

Il secondo Manuale recensito è frutto dell'impegno trentennale di Fausto Pocar, ben noto ai lettori della *Rivista*, per il suo valore pionieristico assunto nel settore disciplinare del diritto comunitario. La presentazione della materia sia pure con esemplare completezza, lucidità ed eleganza, risente del carattere ristretto del manuale ancora fundamentalmente dedicato ad un pubblico universitario. Tale origine, radicalmente accademica, ben giustifica la visione generale della materia esposta ripartita secondo la triplice ottica internazionalistica, unionistico-comunitaria e statualistica interna.

Con tale triplice ispirazione si radica la sistematica del manuale ben ripartita in soli quattro capitoli, tra normativa internazionale relativa all'Unione europea ed alle Comunità europee (pp. 11-81), successive norme relative alla struttura istituzionale (p. 95 ss.) ed alle norme emanate dalle istituzioni comunitarie (p. 237 ss.) nonché, infine, ai rapporti del diritto unionistico-comunitario con il diritto degli Stati membri (p. 311 ss.). L'impostazione prescelta ha consentito al manuale, ormai collaudato da un trentennio di esperienza, di raggiungere con grandi risultati una esposizione rigorosamente normativa delle genesi e degli sviluppi e delle prospettive del fenomeno indicato inteso come *standard* consolidato di trattati di fondazione e di allargamento e di sviluppo della comunità-unione nei suoi rapporti fra gli Stati membri e con gli Stati terzi associati cooperanti o comunque convenzionati (p. 64 ss.). In tale ampio contesto i due capitoli centrali del Manuale tendono ad evidenziare la natura peculiare dell'ordinamento unionistico comunitario come «struttura istituzionale» nella duplice dimensione orizzontale della Costituzione intesa come «Carta dei diritti dell'uomo» (p. 91 ss.), nonché come Costituzione organica dei poteri comunitari in tutte le diverse e sfaccettate sue

articolarioni di natura politico-normativa e di natura giurisdizionale. Nell'analisi della struttura comunitaria, si combina l'esame di atti interni necessari al funzionamento degli organi comunitari (p. 264 ss.) ed atti c.d. esterni rivolti a Stati membri e cittadini dell'Unione. Infine l'esemplare architettura del Manuale si completa con la parte dedicata ai rapporti con il diritto statale italiano inteso come strumento necessario e indispensabile per il funzionamento dell'Unione che si avvale della partecipazione ed esecuzione degli obblighi comunitari da parte italiana. In tale ottica, gli sviluppi successivi agli anni di pubblicazione dell'ottava edizione dell'ormai glorioso manuale in esame sono destinati a completare il quadro normativo in esame.

In sede di valutazione finale la triplice apprezzata dimensione, internazionalistica - unionistico-comunitario ed euro-statalista non pare sbiadire o disattendere la logica profonda dell'ordinamento comunitario inteso come *ius novum*, rispetto agli altri ordinamenti preesistenti o concorrenti nell'unità del sistema vigente. Anzi contribuisce in una visione ordinamentale e sistematica, propria della parte generale divenuta perfettamente idonea a fissare i parametri e limiti impliciti agli sviluppi anche futuri dell'integrazione europea. La voluta esclusione di una parte speciale appare pertanto ancora una volta non pregiudizievole per l'utilità dell'opera che resta essenziale per tutti gli studiosi e studenti del settore, soprattutto nell'attuale fase di costituzionalizzazione formale sempre più evidente.

Il terzo manuale in oggetto, Draetta e Parisi ormai articolato in due volumi di parte generale e speciale, risponde ad una esigenza sentita di esposizione del sistema giuridico comunitario-unionistico in un'ottica resa necessaria dal dibattito costituzionale dell'ultimo quinquennio. Non a caso la sistematica del noto progetto recante una Costituzione per l'Europa ha mutato il quadro di riferimento concettuale, guardando ad orizzonti propri del costituzionalismo maturato in Europa ben prima della nascita del fenomeno comunitario. Ne è derivata una reimpostazione dell'autonomia disciplinare e scientifica del settore ancorata alla Costituzione delle competenze secondo il noto principio tripartito europeo, nazionale, regionale e locale.

La peculiarità dei due volumi del Manuale consiste nell'avere assunto come base di partenza e della parte generale e della parte speciale l'esame delle caratteristiche generali dell'Unione europea come sistema di competenze (vol. I, pp. 32-66 e vol. II, pp. 3-30). Rispetto al sistema normativo precedente ed alla dottrina giuridica ad esso relativa, l'impostazione adottata non avrebbe potuto essere più innovativa. Senza volerla qualificare come costituzionalistica basterebbe indicarla come "gius-pubblicistica" nell'ottica di un diritto pubblico comune all'Europa la cui nascita appare ben precedente rispetto alle stesse origini del fenomeno comunitario, scelta, peraltro, ben consapevole nell'ottica dei responsabili del manuale legata alla tradizione scientifica dell'Ateneo cattolico milanese ed all'insegnamento comunitaristico (del

compianto Giuseppe Biscottini, cui l'opera risulta espressamente dedicata).

Sia pure nella versione attuale, la parte generale appare bene articolata in sei capitoli di cui vengono in particolare segnalati quelli dedicati alla composizione e al funzionamento degli organi comunitari (p. 72 ss.), al bilancio della Comunità nonché, infine, alle sue relazioni esterne (p. 164 ss.) ed interne rispetto agli Stati membri (pp. 190-260 ss.) In questa ottica, sia consentito segnalare l'ampio spazio assegnato agli indici dedicati alle varie fonti da cui derivano sia la normativa comunitaria che quella unionistica, così superando la tendenza al corredo esclusivamente giurisprudenziale dei manuali correnti. Da segnalare, infine, con favore, la sistematica della parte speciale estesa al di là dei confini tradizionali del mercato interno e delle politiche di concorrenza (pp. 30 ss., e 108 ss., 190 ss.). Vi compaiono infatti ampie e dettagliate esposizioni di carattere non solo informativo dedicate al tipico settore internazionalistico della politica estera e di sicurezza comune e di difesa, la cui importanza particolarmente si apprezza nella attuale fase di conflitti armati fuori del territorio comunitario (p. 229 ss.). Particolarmente meritevole di positiva segnalazione è il capitolo finale della parte speciale, vero e proprio spazio monografico autonomo all'interno del manuale, dedicato al regime di libertà sicurezza e giustizia inteso come spazio giudiziario dell'intero territorio dell'Unione frutto di una positiva cooperazione tra gli organi del contenzioso nazionale e quello comunitario della Corte di Lussemburgo.

Massimo Panebianco

Gabriella Venturini - Giuseppe Coscia - Michele Vellano (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. XVI-372, € 37,00

Il sistema dell'Organizzazione mondiale del Commercio (OMC) compie dieci anni, e non cessa di ricevere un'attenzione sempre crescente da parte della dottrina, italiana e straniera. Infatti, la capacità del sistema di risoluzione delle controversie di produrre *report* di notevolissimo interesse, e la forte contestazione da parte di alcuni settori della società civile all'OMC hanno portato alla ribalta il sistema multilaterale degli scambi, imponendo di verificare la solidità delle critiche, la portata degli accordi OMC già in vigore, le implicazioni del *case-law*, e le possibili opzioni per predisporre ulteriori strumenti normativi per una *governance* del commercio internazionale. Il volume in oggetto, alla luce dei risultati già raggiunti, si prefigge di fornire una presentazione organica dei possibili, futuri, sviluppi del sistema multilaterale e della sua capacità di fornire risposte alle sfide poste da una globalizzazione sempre più complessa: un approccio innovativo e originale, raggiunto dai cu-

ratori organizzando una serie di temi presentati nel Convegno tenutosi l'8 ottobre 2004 ad Alessandria, che ha visto la partecipazione dei maggiori esperti italiani della materia.

Il volume risulta così articolato in tre parti. La prima dedicata agli aspetti istituzionali dell'OMC e al negoziato di Doha, la seconda rivolta all'approfondimento di singoli aspetti di diritto materiale e la terza ad una discussione sul ruolo nell'Università italiana dell'insegnamento del diritto OMC.

Interessante, nella prima parte, è il contributo di uno dei curatori (Vellano) che affronta con ampio respiro le possibili evoluzioni del sistema istituzionale dell'OMC, da un lato valutando con occhio critico la tesi del *deficit democratico* dell'Organizzazione e la proposta di superarlo mediante l'istituzione di una Assemblea parlamentare, dall'altro sostenendo la necessità di coinvolgere la società civile non più solo come *amica curiae*, ma anche mediante la creazione di un Consiglio economico e sociale, sul modello di quello esistente presso le Nazioni Unite. Più in generale, l'Autore, in parallelo con l'evoluzione avutasi negli anni del modello istituzionale della Comunità europea, sostiene la necessità di procedere ad una riforma degli attuali assetti all'interno dell'OMC. Più specifico è il contributo di Adinolfi sullo *standard of review* nelle controversie relative alla misure di difesa commerciale, che riconduce all'esigenza di certezza del diritto, quale principio generale di diritto internazionale, l'approccio seguito dall'Organo di appello nel delimitare i poteri delle autorità nazionali al fine di stabilire un maggiore equilibrio.

Nella seconda parte si approfondiscono alcuni aspetti di diritto materiale. Da sottolineare gli approfondimenti relativi all'Accordo TRIPs svolti da Tancredi, Dordi e Contaldi, relativi rispettivamente alla brevettabilità delle specie animali e vegetali, alla protezione delle indicazioni geografiche protette e alla tutela della salute.

Tancredi, nel suo contributo, non si limita ad affrontare la questione relativa alle specie animali e vegetali, ma sposta il discorso più in generale anche sulla brevettabilità delle biotecnologie, concludendo nel senso del progressivo superamento della disciplina TRIPs sul punto (e del relativo "spazio di manovra" lasciato agli Stati meno sviluppati o in via di sviluppo) tramite una sempre maggiore diffusione degli Accordi bilaterali, tesi a diffondere *standard* di tutela più elevati. In questo modo si sottolinea come la soglia minima di protezione prevista dal TRIPs finisca con l'applicarsi solo a quei paesi in via di sviluppo che hanno un peso politico ed economico tale da sottrarsi alle pressioni per la conclusione di Accordi bilaterali c.d. "TRIPs-plus".

Dordi affronta la questione delle DOP e delle IGP, in relazione ai diversi regimi di tutela previsti dagli Stati parte dell'OMC (che tutelano le indicazioni geografiche talvolta con norme speciali e talaltra equiparandole ai marchi) e in particolare alla disputa fra Stati Uniti e Comunità europea, recentemente risolta da un *panel* OMC (marzo 2005). Egli ritiene, come effettivamente de-

sumibile anche dalla successiva decisione del *panel*, che le differenze tra i due sistemi di protezione non siano così ampie come talvolta si è affermato e che pertanto sia possibile conciliare le due posizioni, sottolineando però la necessità di procedere intervenendo su questa materia tramite il negoziato OMC.

Contaldi focalizza il suo contributo sulla questione, di estrema attualità, dell'accesso ai farmaci essenziali, i cui brevetti sono principalmente detenuti da imprese localizzate nei paesi industrializzati. Dall'analisi svolta egli desume l'esistenza di tre livelli di tutela rispetto al tema in esame: mentre il primo livello, basato sul dato letterale dell'accordo TRIPs, prevede la tutela assoluta del brevetto, il secondo, desumibile da alcune previsioni dell'accordo e dalla prassi internazionale, privilegia una lettura ampia delle deroghe. L'ultimo livello, il solo a consentire un'ampia tutela alle istanze dei Paesi meno avanzati, è invece da ritrovarsi all'esterno dell'Accordo (nel compromesso dell'agosto 2003).

Si ricorda qui anche il contributo di Baroncini sul diritto di informazione del consumatore nel GATT 1994 e nell'Accordo TBT, contributo teso a far risaltare il ruolo dell'Unione europea nella ricerca di sistemi di etichettatura e certificazione nell'ambito di una più ampia consapevolezza da parte del consumatore del proprio ruolo di fruitore del commercio internazionale.

Al contributo di alcuni fra i maggiori esperti della materia del mondo accademico italiano, si affiancano brevi lavori di esperti operanti all'interno di organizzazioni internazionali come l'UNCTAD e la stessa OMC.

Non manca la valutazione del sistema OMC alla luce del diritto comunitario e delle possibili interazioni. Ad esempio, nel contributo sui servizi di interesse generale, Munari approfondisce i suoi precedenti studi sul punto, riuscendo ad affrontare un tema di grande attualità in maniera esaustiva e completa. Particolare interesse riveste la considerazione conclusiva sulla possibilità di considerare il GATs come un'opportunità di sviluppo per il miglioramento e la diffusione dei servizi di interesse generale.

Sempre nell'ottica del rapporto con l'evoluzione comunitaria si colloca anche il contributo di Bestagno sulle implicazioni dell'allargamento dell'Unione europea per l'OMC: i dieci Stati entrati nell'UE il 1° maggio 2004 erano infatti già membri OMC, ma non risultavano vincolati da tutti gli accordi. In particolare l'Autore valuta le caratteristiche dell'estensione automatica ai nuovi membri UE di due accordi (*GPA*, Agreement on Government Procurement e il *CTA Agreement on Trade in Civil Aircraft*), la partecipazione agli Accordi commerciali preferenziali già conclusi dalla CE, e gli effetti sulle precedenti relazioni commerciali dei Paesi di nuovo ingresso, per poi concludere con una analisi delle possibili conseguenze derivanti dal maggior peso acquisito dalla CE all'interno dell'OMC come effetto dell'allargamento e delle responsabilità connesse a questo nuovo ruolo.

In conclusione il volume offre una serie di contributi presentati alla Tavola

rotonda su «Il diritto delle Organizzazioni internazionali economiche nell'Università italiana» da parte di alcuni fra i più qualificati docenti italiani della materia, alcuni dei quali ormai assurti al ruolo di esperti "giudici" internazionali.

Da questo risulta, con profili critici (si veda ad esempio il contributo del giudice al Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Mengozzi), l'attuale situazione dell'università italiana successiva alla riforma dell'ordinamento tramite il sistema tre più due e la conseguente impossibilità di inserire il diritto OMC all'interno dei tradizionali corsi di diritto internazionale e di diritto comunitario.

Non manca poi un contributo di Venturini, che, forte dell'esperienza nella redazione di raccolte di testi e manuali sul GATT prima e sull'OMC poi, oltre a coordinare il volume offre interessanti spunti sulla metodologia dell'insegnamento di questa materia. Spunti che vengono offerti anche dai brevi ma significativi contributi al dibattito di Di Blase, Lupone, Ligustro e Porro.

Come sottolineato da Sacerdoti (componente dell'Organo di appello OMC) nelle conclusioni all'opera, manca ancora una consapevolezza circa l'importanza del commercio internazionale sia da parte dell'opinione pubblica che a livello di alcune organizzazioni internazionali come la Comunità europea. Egli ritiene in particolare che l'ampia produzione del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC sia spesso sottovalutata non essendone riconosciuto, da parte dell'opinione pubblica, l'importante ruolo svolto nel trovare un equilibrio fra le posizioni di diversi Paesi a prescindere dal rispettivo potere economico.

L'auspicio è che la lettura di questo volume possa portare a una maggiore consapevolezza, non solo nella comunità scientifica alla quale sembra prevalentemente rivolto, ma anche nel mondo delle imprese, delle associazioni di categoria e negli ambienti ministeriali, del ruolo svolto in passato dall'OMC e delle sfide ancora aperte.

Elisabetta Bergamini

