



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

2006

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

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

INDICE 2006

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - Corte di giustizia e *treaty making power* della Commissione europea: gli accordi amministrativi Pag. 207
- Elisabetta Bergamini* - La posizione del praticante legale nel diritto comunitario fra riconoscimento accademico e riconoscimento professionale » 265
- Fausto Capelli* - La disciplina applicabile in Italia alle banche popolari cooperative, alla luce delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di circolazione dei capitali » 643
- Massimo Fragola* - "Governance" dell'Unione europea, sovranazionalità e modelli applicabili: un tentativo di riordino alla luce della Costituzione dell'Unione europea » 427
- Pietro Troianiello* - Le situazioni giuridiche di chi denuncia violazioni *antitrust* tra diritto comunitario e nuovo procedimento amministrativo interno » 7

COMMENTI

- Enrica Adobati* - Le norme contenute nella legge italiana n. 93/2001, che vietano l'utilizzo dei «*cotton stick*» prodotti con materiale non biodegradabile, possono essere disapplicate dal giudice nazionale Pag. 87
- Enrica Adobati* - Il luogo di consegna dei beni quale criterio di individuazione della competenza per tutte le obbligazioni derivanti da un contratto di compravendita » 345
- Enrica Adobati* - L'annosa questione concernente i lettori di lingua straniera. L'ultima sentenza della Corte di giustizia » 511
- Gianluca Belotti* - *Francesco Paolo Bello* - Il nuovo sistema comunitario per il commercio delle quote di CO₂ (*U' ben s'impingua se non si vaneggia*) » 595
- Marco Borraccetti* - La sentenza ex art. 228 CE: il persistente inadempiamento di uno Stato membro può non essere sanzionato » 513
- Fausto Capelli* - La direttiva "killer" e le sue vittime » 95
- Fausto Capelli* - Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari nel nuovo regolamento comunitario n. 510/2006 e nel decreto italiano 19 novembre 2004 n. 297 relativo alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme contenute nel regolamento predetto » 115
- Fausto Capelli* - Rapporti tra Stato, Regioni ed Unione europea dopo la modifica del Titolo V della Costituzione » 135
- Giuseppe Coscia* - Prodotti alimentari d'importazione e indicazione della provenienza » 771
- Salvatore D'Acunto* - Breve rassegna della giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi: anno 2005 » 307
- Giuseppina Di Salvatore* - Nome geografico e tutela del consumatore negli orientamenti recenti del Tribunale di primo grado » 473
- Stefano Ferraris* - Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società » 717

<i>Massimo Fragola</i> - Convenzione di Montreal e norme comunitarie sull'«overbooking»: la Corte di giustizia riconosce la legittimità dei principi "chiave" dell'ordinamento comunitario	Pag. 51
<i>Rossella Incardona</i> - La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni	» 361
<i>Eliana Iorio</i> - Commento alla decisione della Commissione europea <i>Johnson & Johnson / Guidant</i> in tema di concentrazioni societarie	» 573
<i>Giuseppe Licastro</i> - Il «Codice frontiere Schengen»	» 587
<i>Federica Morrone</i> - L'ordinamento giuridico italiano introduce il permesso di soggiorno per i cittadini dei Paesi terzi residenti di lungo periodo	» 783
<i>Antonio Natali</i> - Sviluppo dei trasporti ed effettività della tutela ambientale nell'ordinamento comunitario secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia	» 457
<i>Daniele Pisanello</i> - La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari <i>à la croisée des chemins</i> . Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05	» 677
<i>Patrizia Quaia</i> - La stazione appaltante determina i criteri per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la commissione giudicatrice li applica	» 31
<i>Patrizia Quaia</i> - Avvocati: qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04	» 701
<i>Gabriella Urso</i> - In margine alla sentenza <i>Sarkatzis Herrero</i> sui congedi parentali e di maternità	» 293
<i>Massimiliano Valcada</i> - Se la responsabilità penale di un singolo possa essere fondata sulle disposizioni di una direttiva comunitaria non correttamente e tempestivamente recepita all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali	» 551
<i>Sergio Ventura</i> - La tormentata vicenda della denominazione «Feta»	» 497

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Fausto Capelli* - Responsabilità degli operatori del settore alimentare Pag. 391
- Fausto Capelli* - La direttiva Ce n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere e gli effetti giuridici che essa è in grado di produrre » 623
- Fabio Gencarelli* - La politica comunitaria di qualità alimentare: origine ed evoluzione » 609
- Cristina Iori* - *Eu-Japan Regulatory Reform Dialogue*: il dialogo continuo tra Giappone e Unione europea. Cambiare le regole per promuovere il commercio e gli investimenti » 153
- Giuseppe Licastro* - Dalla cooperazione intergovernativa al Trattato costituzionale. L'evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione » 167
- Immacolata Zoppi* - Le discriminazioni a rovescio » 795

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Trasporti e tutela ambientale

Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2004 in causa n. C-227/01

- Commissione europea c. Regno di Spagna* » 451
(con commento di *Antonio Natali*)

Disciplina dei nomi geografici: limiti alla loro tutela

Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04

- Shaker di L. Laudato & C. Sas c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)* » 467
(con commento di *Giuseppina Di Salvatore*)

La denominazione «Feta» non è generica ed è stata legittimamente registrata come DOP «denominazione d'origine protetta»

Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02

- Repubblica federale di Germania e Regno di Danimarca c. Commissione europea* » 491
(con commento di *Sergio Ventura*)

- Organi competenti a determinare e ad applicare i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti pubblici di servizi**
Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2005 in causa n. C-331/04
ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc e altri c. ACTV Venezia SpA e altri
(con commento di *Patrizia Quaia*) Pag. 25
- Overbooking: compensazione pecuniaria ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato**
Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04
The Queen, ex parte: International Air Transport Association, European Low Fares Airline Association c. Department for Transport
(con commento di *Massimo Fragola*) » 41
- Pubblico impiego: la posticipazione dell'entrata in servizio di una dipendente di ruolo conseguente al congedo di maternità viola il principio della parità di trattamento**
Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2006 in causa n. C 294/04
Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud (Imسالud)
(con commento di *Gabriella Urso*) » 287
- La Corte di giustizia accerta nuovamente l'inadempimento dell'Italia per avere disconosciuto i diritti degli ex lettori di lingua straniera ma evita di condannare lo Stato italiano al pagamento delle sanzioni invocate dalla Commissione**
Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006 in causa n. C-119/04
Commissione europea c. Repubblica italiana
(con nota di *Enrica Adobati* e commento di *Marco Borraccetti*) » 507
- Chi è responsabile se l'etichetta del prodotto alimentare non è corretta: il produttore o il distributore?**
Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05
Lidl Italia Srl c. Comune di Arcole
(con commento di *Daniele Pisanello*) » 671

Le tariffe degli Avvocati al vaglio della Corte di giustizia

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04

Federico Cipolla (C-94/04) c. Rosaria Portolese in Fazari; Stefano Macrino, Claudia Capodarte (C-202/04) c. Roberto Meloni
(con commento di *Patrizia Quaia*)

Pag. 693

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Legittimità del diverso trattamento riservato ai residenti e ai non residenti in materia tributaria

Sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 2005 in causa n. C-376/03

D. c. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen

» 323

Responsabilità della banca in tema di tutela dei consumatori nelle operazioni di investimento finanziate con un contratto di mutuo ipotecario nel contesto di un'operazione di vendita a domicilio

Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 2005 in causa n. C-350/03

Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG

» 61

L'atto giudiziario o extragiudiziario notificato ai sensi del regolamento Ce n. 1348/2000 rimane valido anche se viene rifiutato per mancanza della traduzione nella lingua del Paese di destinazione

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2005 in causa n. C-443/03

Götz Leffler c. Berlin Chemie AG

» 64

La Corte di giustizia interpreta l'art. 234 del Trattato Ce e chiarisce i rapporti tra giurisdizione nazionale e giurisdizione comunitaria

Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005 in causa n. C-461/03

Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit

» 66

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 85/374/Cee chiarendo in quali casi la responsabilità del produttore si

estenda al fornitore

Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03

Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S e Bilka Lavprisvarehus A/S c. Jette Mikkelsen, Michael Due Nielsen

Pag. 326

Una persona giuridica, quale una fondazione bancaria, può essere qualificata come impresa ai sensi della normativa comunitaria della concorrenza e degli aiuti di Stato

Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006 in causa n. C-222/04

Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA

» 68

Lo Stato membro ospitante può limitare l'autorizzazione all'accesso alla professione di ingegnere a specifiche attività

Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2006 in causa n. C-330/03

Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos c. Administración del Estado, interveniente: *Giuliano Mauro Imo*

72

Le norme tedesche sull'impiego di cittadini di Stati terzi distaccati da prestatori di servizi stabiliti in altri Paesi membri sono contrarie al diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2006 in causa n. C-244/04

Commissione europea c. Repubblica federale di Germania

» 70

Sistema di Informazione Schengen (SIS): per limitare la circolazione di un cittadino di un Paese terzo non è sufficiente che lo stesso risulti segnalato nel SIS

Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2006 in causa n. C-503/03

Commissione europea c. Regno di Spagna

» 75

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 85/374/Cee chiarendo in quali casi la responsabilità del produttore si estenda al fornitore

Sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 2006 in causa n. C-127/04

Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd, ex Aventis Pasteur MSD Ltd, Sanofi Pasteur SA, ex Aventis Pasteur SA

» 326

È escluso da una gara d'appalto pubblico il prestatore di servizi che non è in regola con il pagamento dei contributi

previdenziali e delle imposte

Sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 2006 in cause riunite n. C-226/04 e C-228/04

La Cascina Soc. coop. a rl, Zilch Srl c. Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze e a. (causa n. C-226/04)

Consorzio G. f. M. c. Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. a rl (causa n. C-228/04)

Pag. 78

La Corte di giustizia precisa le circostanze secondo le quali i lavoratori transfrontalieri possono usufruire degli assegni di assistenza

Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2006 in causa n. C-286/03

Silvia Hosse c. Land Salzburg

» 80

Secondo la Corte di giustizia il corrispettivo delle ferie annuali incluso nella paga giornaliera o oraria è contrario alla direttiva sull'orario di lavoro

Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in cause riunite n. C-131/04 e n. C-257/04

C. D. Robinson-Steele (causa n. C-131/04) c. R. D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke (causa n. C-257/04) c. Frank Staddon Ltd, e J. C. Caulfield, C. F. Caulfield, K. V. Barnes c. Hanson Clay Products Ltd

» 519

La sentenza di un giudice nazionale passata in giudicato non può più essere rimessa in discussione anche se viola il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04

Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH

» 82

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 90/364/Cee e precisa le condizioni in base alle quali è possibile ottenere il permesso di soggiorno

Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2006 in causa n. C-408/03

Commissione europea c. Regno del Belgio

» 329

La Corte di giustizia si pronuncia sulla compensazione delle ferie annuali retribuite

Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006 in causa n. C-124/05

Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Staat der Nederlanden

» 332

- Il termine per la concessione di una pensione ad un transessuale passato al sesso femminile è il medesimo di quello riconosciuto alle donne**
Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2006 in causa n. C-423/04
Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions Pag. 333
- È la giurisdizione dello Stato membro del debitore ad avere la competenza ad aprire la procedura di insolvenza "principale"**
Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04
Eurofood IFSC Ltd » 336
- La Corte di giustizia interpreta nuovamente la direttiva n. 93/36/Cee e definisce i presupposti necessari affinché l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa costituire un affidamento «quasi in house»**
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04
Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, in presenza di: Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI) » 339
- La Corte di giustizia precisa che per le cure prestate in un altro Stato membro sono rimborsabili solo le spese sostenute in ospedale e non quelle per il trasferimento e il soggiorno**
Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04
The Queen su richiesta di Watts c. Bedford Primary Care Trust e altro » 522
- Sussiste la responsabilità di uno Stato membro per i danni causati ai singoli da una violazione manifesta del diritto comunitario imputabile ad un giudice di ultima istanza di tale Stato membro**
Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03
Traghetti del Mediterraneo Spa c. Repubblica italiana » 741
- La Corte di giustizia precisa che per le cure prestate in un altro Stato membro sono rimborsabili solo le spese sostenute in ospedale e non quelle per il trasferimento e il soggiorno**

- Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 2006 in causa n. C-466/04
Manuel Acereda Herrera c. Servicio Cántabro de Salud Pag. 521
- La Corte di giustizia respinge il ricorso contro la direttiva n. 2003/86/Ce sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini dei Paesi terzi**
- Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006 in causa n. C-540/03
Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea » 526
- In caso di applicazione di sanzioni ad un'impresa per violazione delle norme sulla concorrenza la Commissione non è tenuta a prendere in considerazione le sanzioni che sono state precedentemente inflitte in Stati terzi alla medesima impresa**
- Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2006 in causa n. C-289/04
Showa Denko KK c. Commissione europea » 743
- La Corte di giustizia precisa la nozione di *handicap* ai sensi della direttiva n. 2000/78/Ce**
- Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2006 in causa n. C-13/05
Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA » 530
- La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto**
- Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006 in cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04
Vincenzo Manfredi e a. c. Lloyd Adriatico assicurazioni Spa e a. » 532
- La Corte di giustizia stabilisce i criteri per ottenere il diritto all'indennità di disoccupazione nell'ambito della libertà di circolazione e di soggiorno**
- Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04
Gérald De Cuyper c. Office national de l'emploi c. Commissione europea » 537
- Alla normativa sportiva si applicano gli artt. 81-82 del Trattato Ce in materia di concorrenza**
- Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006 in causa n. C-519/04 P
David Meca-Medina, Igor Majcen c. Commissione europea e Repubblica finlandese (interveniante in primo grado) » 539

- La normativa lussemburghese che disciplina l'esercizio della professione forense è in contrasto con il diritto comunitario nella parte in cui subordina l'iscrizione all'albo degli avvocati alle conoscenze linguistiche**
Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in causa n. C-506/04
Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg Pag. 542
- Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in causa n. C-193/05
Commissione europea c. Granducato di Lussemburgo » 543
- Gli Stati membri sono competenti a stabilire le condizioni di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità per le elezioni del Parlamento europeo**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006 in causa n. C-145/04
Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord » 746
- La pubblicità comparativa può riguardare collettivamente assortimenti di prodotti di consumo venduti in due supermercati concorrenti, se sono rispettate determinate condizioni**
Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in causa n. C-356/04
Lidl Belgium GmbH & Co KG c. Etablissements Franz Colruyt NV » 748
- Autorizzazione preliminare all'esercizio dell'attività di concessione di crediti a titolo professionale sul territorio di uno Stato membro da parte di una società con sede in uno Stato terzo**
Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2006 in causa n. C-452/04
Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht » 752
- L'Austria può mantenere in vigore, a titolo transitorio, la propria normativa sulla franchigia prevista per le sigarette contenute nei bagagli dei soggetti residenti in Austria provenienti dalla Slovenia**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006 in causa n. C-140/05
Amalia Valeškoc c. Zollamt Klagenfurt » 755

- La normativa ungherese sulle tasse di immatricolazione degli autoveicoli contrasta con il Trattato Ce**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006 in cause riunite n. C-290/05 e n. C-333/05
Ákos Nádasdi c. Vám- és Pénzügyőrség Észak-Alföldi Regionális Parancsnoksága e Ilona Németh c. Vám- és Pénzügyőrség Dél-Alföldi Regionális Parancsnoksága Pag. [757](#)
- Devono essere riconosciute dall'amministrazione pubblica italiana l'esperienza e l'anzianità acquisite in un altro Stato membro da lavoratori pubblici italiani**
Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa n. C-371/04
Commissione europea c. Repubblica italiana » [759](#)
- Può essere dichiarato nullo il lodo arbitrale contrastante con la direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori**
Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa n. C-168/05
Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL » [761](#)
- Prestiti eseguiti dalle biblioteche per fini culturali: l'Italia condannata per non aver correttamente recepito la direttiva n. 92/100/Ce concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale**
Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa n. C-198/05
Commissione europea c. Repubblica italiana sostenuta dal Regno di Spagna » [763](#)
- La Corte di giustizia si pronuncia sulla clausola in materia di riserva di proprietà prevista dalla direttiva n. 2000/35/Ce sulla lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, con riferimento alla situazione italiana**
Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006 in causa n. C-302/05
Commissione europea c. Repubblica italiana » [764](#)

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA****In quali casi è obbligatorio indicare la provenienza geografica di un prodotto alimentare**

Sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia del 15 dicembre 2005 - 23 maggio 2006 n. 351/06

Luigi Zaini SpA c. Ministero della Salute
(con commento di *Giuseppe Coscia*)

Pag. 767

Il giudice di merito può disapplicare una norma nazionale restrittiva della circolazione dei prodotti che non sia stata notificata alla Commissione europea ai sensi della direttiva n. 98/34/Ce

Sentenza del Tribunale di Voghera del 3-14 febbraio 2006 n. 17/06

Lidl Italia Srl c. Comune di Stradella
(con nota di *Enrica Adobati*)

» 85

Direttive comunitarie e diritto penale: limiti posti alla responsabilità penale dei singoli

Sentenza del Tribunale di Milano del 31 maggio - 14 luglio 2006 n. 1089/06

Procedimento penale a carico di *X*
(con commento di *Massimiliano Valcada*)

» 547

Il giudice nazionale applicando i criteri di collegamento di cui all'art. 5 del regolamento Ce n. 44/2001 individua il tribunale competente a decidere

Sentenza del Tribunale di Arezzo del 3-19 luglio 2006 n. 658/06
TAB Spa c. LIDL Stiftung & Co. KG

(con nota di *Enrica Adobati*)

» 343

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ**Il trattamento dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo in uno Stato membro**

Direttiva n. 2003/109/Ce del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo

(con commento di *Federica Morrone*)

» 781

Una direttiva anomala che ha creato più problemi di quanti ne abbia risolti

Rettifica della direttiva n. 2004/41/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che abroga alcune direttive recanti norme sull'igiene dei prodotti alimentari e le disposizioni sanitarie per la produzione e la commercializzazione di determinati prodotti di origine animale destinati al consumo umano e che modifica le direttive n. 89/662/Cee e n. 92/118/Cee del Consiglio e la decisione n. 95/408/Ce del Consiglio

(con nota di *Fausto Capelli*)

Pag. 91

Tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni nazionali sulle pratiche commerciali lesive dei loro interessi economici

Direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)

(con commento di *Rossella Incardona*)

» 349

Il nuovo regolamento comunitario sulle denominazioni di origine e sulle indicazioni geografiche protette

Regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari

(con commento di *Fausto Capelli*)

» 99

Una decisione interessante della Commissione europea in tema di concentrazioni societarie

Decisione della Commissione del 25 agosto 2005 che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune ed il funzionamento dell'accordo SEE (Caso COMP/M.3687 - *Johnson & Johnson/Guidant*) (2006/430/CE)

(con il commento di *Eliana Iorio*)

» 567

Circolazione delle persone e regime di attraversamento delle frontiere

Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comu-

nitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)
(con nota di *Giuseppe Licastro*)

Pag. 583

DOCUMENTAZIONE

Le modifiche al Titolo V della Costituzione

Costituzione della Repubblica italiana – Parte seconda – Titolo V – Le Regioni, le Province, i Comuni (con le modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001)
(con nota di *Fausto Capelli*)

» 131

Le sanzioni previste dal decreto italiano n. 297/2004 per le violazioni delle disposizioni comunitarie poste a tutela delle DOP e delle IGP

Decreto legislativo n. 297 del 19 novembre 2004 - Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (Cee) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari
(con commento di *Fausto Capelli*)

» 139

Scambi di quote di CO₂ tra le imprese europee: conseguenze economiche pregiudizievoli per le imprese italiane

Attività di segnalazione e consultiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato AS 367 – Schema di Piano Nazionale di Assegnazione delle quote di emissioni per il periodo 2008-2012
(con commento di *Gianluca Belotti*
e *Francesco Paolo Bello*)

» 593

Archiviazione della procedura di infrazione contro l’Italia con riferimento alla normativa applicabile alle banche popolari cooperative

Dichiarazione del portavoce del Commissario per il mercato interno McCreevy, in data 15 dicembre 2006, sulla chiusura della procedura di infrazione nei confronti dell’Italia con riferimento alla disciplina italiana sulle banche popolari cooperative
(con commento di *Fausto Capelli*)

» 789

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 23-24 marzo 2006

» 147

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 giugno 2006	Pag. 385
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 14-15 dicembre 2006	» 791

RECENSIONI

<i>Hans Wolfgang Arndt</i> , Europarecht, 8. Auflage (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 821
<i>Marta Bragis - Eugenio Selvaggi</i> (a cura di), Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna (<i>Ciro Manzolino</i>)	» 416
<i>Fausto Capelli - Vittorio Silano - Barbara Klaus</i> , Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare (<i>Alberto Alemanno</i>)	» 819
<i>Ugo Draetta</i> , Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati (<i>Francesco Buonomenna</i>)	» 411
<i>Klemens H. Fischer</i> , Der Europäische Verfassungsvertrag, Texte und Kommentar	» 193
<i>Elisa Fontana</i> , Aiuti di Stato e diretta efficacia (<i>Massimo Fragola</i>)	» 825
<i>Francesco Galgano</i> , La globalizzazione nello specchio del diritto (<i>Francesco Buonomenna</i>)	» 187
<i>Alessandra Gianelli</i> , Unione europea e diritto internazionale consuetudinario (<i>Teresa Russo</i>)	» 190
<i>Andreas Haratsch - Christian Koenig - Matthias Pechstein</i> , Europarecht, 5. Auflage (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 821
<i>Heinz Kleger (HG.)</i> , Der Konvent als Labor. Texte und Dokumente zum europäischen Verfassungsprozess	» 193
<i>Koen Lenaerts - Dirk Arts - Ignace Maselis</i> (editor: <i>Robert Bray</i>), Procedural Law of the European Union (<i>Claudio Loggi</i>)	» 414
<i>Marco Pedrazzi</i> (a cura di), Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona (<i>Francesco Di Paola</i>)	» 631
<i>Bruno Scarpa</i> , Gli integratori alimentari oggi (<i>Barbara Klaus</i>)	» 195

<i>Michele Scudiero</i> , Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea (<i>Francesco Buonomenna</i>)	Pag. 633
<i>Rudolf Streinz - Christoph Ohler - Christoph Herrmann</i> , Die neue Verfassung für Europa. Einführung mit Synopse (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 193
<i>Rudolf Streinz</i> , Europarecht, 7. Auflage (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 821
Libri ricevuti nell'anno 2005	» 197
Hanno collaborato	Pagg. 201, 419, 635, 827

ARTICOLI

LE SITUAZIONI GIURIDICHE DI CHI DENUNCIA VIOLAZIONI *ANTITRUST* TRA DIRITTO COMUNITARIO E NUOVO PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO INTERNO

Sommario: 1. Breve premessa - 2. La posizione del denunciante nel diritto positivo e nella giurisprudenza nazionale - 3. La disciplina comunitaria - 4. Rapporto tra diritto interno e comunitario alla luce dell'applicazione decentrata della normativa antitrust - 5. Applicabilità della disciplina del nuovo procedimento amministrativo.

1. Breve premessa

La posizione di chi denuncia all'autorità competente ai sensi della vigente normativa *antitrust* presunti illeciti anticoncorrenziali presenta sfaccettature differenti a seconda che il procedimento si instauri di fronte all'autorità nazionale (Autorità garante della concorrenza e del mercato, di seguito, per brevità, l'«Autorità») o alla Commissione.

In particolare, l'ordinamento comunitario riconosce al denunciante una maggiore articolazione di situazioni giuridiche soggettive rispetto a quanto non preveda l'ordinamento nazionale.

Tale impostazione pare, però, destinata a cambiare per effetto dell'applicazione decentrata della normativa comunitaria *antitrust*¹ nonché delle intervenute modificazioni al procedimento amministrativo nazionale.

Nel seguito si evidenziano, pertanto, le problematiche afferenti alla posizione del denunciante una violazione *antitrust* e l'ipotesi di una ricostruzione interpretativa alla luce del diritto comunitario della concorrenza², nonché del-

¹ Cfr. G. TESAURO, *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle Autorità nazionali*, in E. A. RAFFAELLI (ed.), *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles, Bruylant - Milano, Giuffrè, 2000, p. 1.

² Vi è da tempo una chiara tendenza al riconoscimento e allo sviluppo negli ordinamenti nazionali di principi e regole di matrice comunitaria. Sul tema vedi M. ANTONIOLI, *Giudice amministrativo e diritto antitrust: un dibattito ancora aperto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 99-100.

le recenti innovazioni apportate alla l. n. 241/90³, come modificata dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005⁴.

2. La posizione del denunciante nel diritto positivo e nella giurisprudenza nazionale

Nell'esercizio dei propri poteri d'indagine in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, l'Autorità, prima di procedere ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni, valuta gli elementi «*comunque*» in suo possesso, tra cui quelli portati a sua conoscenza dal denunciante (cfr. art. 12, comma 1, l. n. 287/90⁵).

In tale fase l'Autorità procede ad una sommaria delibazione della fattispecie denunciata al fine di accertare l'astratta esistenza di indici sintomatici di un comportamento lesivo della concorrenza⁶.

La dottrina ha qualificato questa fase come «preistruttoria»⁷ o come un procedimento autonomo⁸; la giurisprudenza ha chiarito che essa «necessariamente implica una iniziale e minimale attività, anche istruttoria, diretta ad acquisire precisazioni relative alle segnalazioni pervenute al fine di valutare la sussistenza o meno di un *fumus in ordine* alle violazioni da contestare»⁹. Tuttavia, benché sia consentito all'Autorità di svolgere una previa e minimale attività istruttoria finalizzata alla valutazione della ragionevole fondatezza della

³ Legge 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, p. 7.

⁴ Legge 11 febbraio 2005, n. 15, modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, in *Guri* n. 42 del 21 febbraio 2005, p. 4 e legge 14 maggio 2005, n. 80, conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, in *Guri* n. 11 del 14 maggio 2005, *suppl. ord.*

⁵ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, in *Guri* n. 240 del 13 ottobre 1990, p. 3 ss.

⁶ Così R. ALESSI, *Commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287: norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in R. ALESSI - G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 76; P. AQUILANTI, in A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L. C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 881; G. FAUCEGLIA, *L'istruttoria dell'autorità in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 259.

⁷ Cfr. S. CASSESE, *La Nuova Costituzione Economica: Lezioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 58; G. FAUCEGLIA, *L'istruttoria dell'autorità*, *loc. cit.*, p. 259; G. AMORELLI, *I procedimenti contenziosi che si svolgono innanzi alla Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 1993, p. 34-38.

⁸ R. ALESSI, *Commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287*, *loc. cit.*, p. 77.

⁹ Così Consiglio di Stato, sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362, in *Guida al Diritto*, 2002, fasc. 41, p. 95.

denuncia ricevuta, questa fase non è assimilabile a quella istruttoria propriamente detta¹⁰.

La normativa in tema di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità (dpr n. 217/1998¹¹) non prevede, inoltre, alcun termine per quanto attiene alla durata di questa fase preliminare. Invero, alcuni hanno suggerito l'applicazione analogica dell'art. 13 l. n. 281/90 secondo cui l'Autorità deve avviare l'istruttoria nel termine di 120 giorni dalla comunicazione¹²; altri invece hanno proposto l'applicazione dell'art. 2 l. n. 241/90 sul procedimento amministrativo¹³.

Giova osservare, inoltre, che il procedimento preistruttorio non deve necessariamente condurre all'apertura dell'istruttoria vera e propria da parte dell'Autorità. Essa, invero, conserva ampia discrezionalità in merito alla configurabilità di una ipotetica infrazione alla normativa *antitrust*¹⁴, che resta, per espressa previsione normativa (cfr. art. 14 l. n. 281/90), la condizione necessaria per l'avvio dell'istruttoria¹⁵.

Tuttavia, anche se la normativa non stabilisce forme di pubblicità per la chiusura della fase preliminare, l'Autorità – come evidenziato già dai primi commentatori – è da ritenersi in ogni caso tenuta ad emettere un provvedimento motivato, eventualmente di archiviazione, in merito alla denuncia presentata, in linea con l'art. 3 l. n. 241/90¹⁶. Tant'è che l'Autorità provvede alla pubblicazione sul proprio *Bollettino* dei provvedimenti di non avvio dell'istruttoria.

La giurisprudenza ha poi affermato espressamente il diritto del denunciante a che l'Autorità prenda in esame la denuncia e si pronunci su di essa,

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, in *Foro amm.*, 2001, p. 556.

¹¹ Decreto del Presidente della Repubblica del 30 aprile 1998, n. 217 - Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in *Guri* n. 158 del 9 luglio 1998, p. 4.

¹² G. AMORELLI (*I procedimenti contenziosi*, cit. supra, nota 7, p. 35) ritiene implicito nel sistema della legge n. 287/90 che i comportamenti vietati debbano essere eliminati al più presto, non avendo l'Autorità la facoltà di procrastinare *sine die* l'apertura dell'indagine.

¹³ In tal senso R. ALESSI, *Commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287*, cit. supra, nota 6, p. 77; G. FAUCEGLIA, *L'istruttoria dell'autorità*, cit. supra, nota 6, p. 273, secondo i quali, peraltro, il termine ex art. 2 l. n. 241/90 non sarebbe comunque perentorio e, pertanto, l'Autorità conserverebbe in ogni caso il potere di provvedere anche dopo lo spirare di detto termine.

¹⁴ Vedi M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 233 e dottrina ivi citata.

¹⁵ L'art. 14 l. n. 287/90, prevede, infatti, che «L'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli artt. 2 e 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati».

¹⁶ L'art. 3 l. n. 241/90 prevede che ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato. Cfr. sul punto M. L. SCHIAVANO, *Art. 12*, in P. MARCHETTI - L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 1997, p. 426; R. ALESSI, *Commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287*, loc. cit., p. 78 ss; G. AMORELLI, *I procedimenti contenziosi*, cit. supra, nota 7, p. 37, nota 1; nonché G. FAUCEGLIA il quale ha affermato che sussisterebbe almeno un obbligo di comunicazione dell'archiviazione (*L'istruttoria dell'autorità*, cit. supra, nota 6, p. 260 s.).

anche se – per orientamento consolidato¹⁷ –, «i poteri di cui alla legge n. 287 del 1990 sono preordinati esclusivamente alla tutela del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato, con la conseguenza che, a fronte dell'esplicazione dei detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi sono titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla pretesa della generalità dei cittadini a che le Autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine. Tale avviso (...) trae fondamento dal più generale principio secondo cui, in tutti i procedimenti repressivi, il soggetto denunciante non ha legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo (CdS, sez. VI, n. 1792/1996 *cit.* e giurisprudenza ivi citata)»¹⁸.

Ad oggi, dunque, nell'ordinamento interno il denunciante non è ritenuto legittimato ad impugnare il provvedimento di non avvio dell'istruttoria; del pari sembra difficilmente ammissibile un'azione del denunciante tesa ad ottenere, a seguito dell'inerzia dell'Autorità, un tempestivo provvedimento motivato in merito alla denuncia presentata¹⁹.

3. La disciplina comunitaria

In ambito comunitario il soggetto che denuncia presunti illeciti anticoncorrenziali è titolare di una serie di diritti sia previsti espressamente dalla normativa sia riconosciuti in via pretoria – come spesso accade – dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁰.

Ed invero i rimedi giurisdizionali permettono la soddisfazione di tali diritti anche a fronte di violazioni causate dall'inerzia o dall'operato illegittimo dell'istituzione competente in materia e cioè la Commissione.

Il regolamento n. 1/2003 che disciplina l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 CE²¹ prevede che le persone fisiche e giu-

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996 n. 1792; TAR Lazio, sez. I, 23 dicembre 1997, n. 2216; 29 settembre 1998 n. 2746; 15 ottobre 1998 n. 2952; 13 luglio 1999 n. 1558.

¹⁸ TAR Lazio, sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056.

¹⁹ Cfr. S. BONI, *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 76-79.

²⁰ In tema di procedure *antitrust* vedi C. KERSE, *EC Antitrust procedure*, London, Sweet & Maxwell, 1988; V. KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

²¹ Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss. Cfr. M. TAVASSI, *Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 2004, p. 315 ss.

ridiche che hanno un legittimo interesse possono presentare alla Commissione denunce affinché essa verifichi presunte violazioni *antitrust*²².

La Commissione ha di recente adottato, ai sensi dell'art. 33 del regolamento n. 1/2003, il regolamento n. 773/2004 relativo ai propri procedimenti svolti in materia *antitrust* e, dunque, ha disciplinato, tra l'altro, la procedura applicabile al trattamento delle denunce²³.

Tale normativa – come già accaduto in tema di aiuti di Stato²⁴ – tiene in debito conto il sistema esistente al momento della sua adozione, come delineato dalla prassi e soprattutto dalla giurisprudenza.

È interessante osservare che il regolamento afferma testualmente che le denunce costituiscono una fonte essenziale di informazioni per l'accertamento delle violazioni delle norme in materia di concorrenza ed è, quindi, opportuno definire procedure chiare ed efficienti per il loro trattamento (*considerando* n. 5).

La giurisprudenza ha precisato che tali denunce, generalmente sporte da imprese concorrenti, possono essere presentate anche dai clienti dei soggetti presuntivamente autori delle violazioni nonché dalle associazioni a tutela dei consumatori²⁵. Inoltre, le associazioni di imprese sono titolari dell'interesse

²² Prevede l'art. 7 («Constatazione ed eliminazione delle infrazioni») del regolamento n. 1/2003: «1. Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'art. 81 o all'art. 82 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata. 2. Possono presentare una denuncia ai sensi del par. 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri». In realtà, già il regolamento n. 17/62 (Primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 [ora 81] e 86 [ora 82] del Trattato, in *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204), abrogato ai sensi dell'art. 42 del regolamento n. 1/2003, stabiliva che: «1. Se la Commissione constata, su domanda o d'ufficio, una infrazione alle disposizioni dell'art. 85 o dell'art. 86 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese ed associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. 2. Sono autorizzati a presentare domanda a tal fine: a. gli Stati membri, b. le persone fisiche o giuridiche e le associazioni sprovviste di personalità giuridica che sostengano di avervi interesse» (art. 3 – Eliminazione delle infrazioni).

²³ Regolamento n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, in *Gu-Ue* n. L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss., che ha abrogato il regolamento n. 2842/98 relativo alle audizioni in taluni procedimenti a norma dell'art. 85 e dell'art. 86 del Trattato CE, in *Guce* n. L 354 del 30 dicembre 1998, p. 18 ss. Il regolamento n. 773/2004 specifica che il denunciante deve dimostrare di avere un interesse legittimo e che la denuncia deve contenere le informazioni prescritte da detto regolamento (art. 5).

²⁴ Cfr. il regolamento n. 659/99 (in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1) che disciplina la procedura di controllo effettuato dalla Commissione.

²⁵ Cfr. sentenza 18 maggio 1994 in causa n. T-37/92, *Beuc c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 285 e massimata in questa *Rivista*, 1994, p. 725. Come osservato da G. TESAURO non è corretto indicare i soggetti che possono presentare denunce con il termine «legittimati», considerato che non vi è un obbligo della Commissione di avviare un'indagine, ma solo, come si vedrà *amplius* nel testo, quello di prendere in analisi la denuncia e provvedere in merito con un provvedimento moti-

legittimo richiesto dalla norma quando abbiano per statuto il diritto di rappresentare gli interessi dei propri membri²⁶.

Il procedimento instaurato su denuncia non si svolge in contraddittorio fra le parti interessate, ma vede la Commissione svolgere le proprie indagini garantendo il diritto di difesa del solo soggetto sottoposto al procedimento. L'istituzione comunitaria può, pertanto, in forza dell'ampia discrezionalità di cui gode, prendere una decisione di rigetto della denuncia senza avviare il procedimento²⁷.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 773/2004²⁸, qualora la Commissione ritenga che gli elementi in proprio possesso non consentono di dar seguito alla denuncia, deve indicarne i motivi ai denunciati e fissare loro un termine, non inferiore a quattro settimane²⁹, per la presentazione di eventuali osservazioni scritte³⁰.

Di poi, se il denunciante non presenta osservazioni entro il termine fissato dalla Commissione³¹, la denuncia si considera ritirata³².

vato (*Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 671). In tema di «legittimazione» a sporgere denuncia vedi E. MOAVERO MILANESI, *Legittimazione attiva ai fini della constatazione da parte della Commissione CEE di un'infrazione alle norme comunitarie in materia di concorrenza*, in questa *Rivista*, 1988, p. 19.

²⁶ Cfr. sentenza del 24 gennaio 1995 in causa n. T-114/92, *Bemim*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 147.

²⁷ Vedi art. 2, n. 4, regolamento n. 773/2004. Il regolamento n. 1/2003, invero, non ha inciso sull'ampia discrezionalità della Commissione se intervenire o meno in relazione ad una denuncia. Essa può, infatti, respingere una denuncia per mancanza di interesse comunitario anche nel caso in cui nessun'altra Autorità garante della concorrenza abbia manifestato l'intenzione di occuparsene (cfr. *considerando* n. 18).

²⁸ Analoga previsione era già contenuta nell'art. 6 del regolamento n. 2842/98 e ancor prima nell'art. 6 del regolamento della Commissione n. 99 del 25 luglio 1963, relativo alle audizioni previste all'art. 19, par. 1 e 2, del regolamento n. 17 del Consiglio, in *Guce* n. 127 del 20 agosto 1963, p. 2268.

²⁹ In realtà, nello stabilire i termini di cui all'art. 7, par. 1, la Commissione deve tenere conto sia del tempo necessario per la preparazione della comunicazione sia dell'urgenza del caso e nei procedimenti avviati al fine di adottare misure cautelari ex art. 8 del regolamento n. 1/2003 il termine può essere ridotto ad una settimana. In ogni caso, all'occorrenza, il termine può essere prorogato su richiesta motivata (art. 17 del regolamento n. 773/2004).

³⁰ Invero, la giurisprudenza (cfr. sentenza del 10 luglio 1990 in causa n. T-64/89, *Automec*, in *Raccolta*, 1990, II, p. 367, in particolare punti 43 ss.), già precedentemente all'adozione del regolamento n. 773/2004, aveva stabilito che la Commissione, a seguito della denuncia, poteva raccogliere informazioni in merito anche chiedendo integrazioni informali al denunciante circa gli elementi di fatto e di diritto che costituivano oggetto della denuncia dando così al denunciante la possibilità di sviluppare i suoi argomenti anche alla luce di una prima posizione della Commissione. Tali osservazioni, in quanto preliminari, non potevano peraltro essere considerati atti impugnabili. È interessante osservare, tuttavia, che quando un atto della Commissione contenga sostanzialmente una decisione definitiva in merito alla denuncia, essa può essere impugnata anche se contenga clausole di mero stile circa la sua natura provvisoria (vedi sentenza *Beuc*, cit. *supra*, nota 25, punto 34; sentenza del 16 giugno 1994 in causa n. C-39/93P, *SFEI*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2681, punti 28 ss.; sentenza del 7 marzo 2002 in causa n. T-95/99, *Satellimages*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 1425).

³¹ Ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 773/2004 il denunciante può chiedere accesso ai documenti sui quali si fonda la valutazione provvisoria della Commissione, ma non può essere dato comunque accesso ai segreti aziendali o ad altre informazioni riservate appartenenti ad altri soggetti che partecipano al procedimento. In tema di accesso ai documenti in materia di concorrenza mi sia consentito il rinvio a P. TROLIANIELLO, *Limiti applicativi del diritto di accesso ai documenti della*

Peraltro, qualora la Commissione contesti addebiti in relazione ad una questione per la quale abbia ricevuto una denuncia, fornisce al denunciante copia della versione non riservata degli addebiti contestati e stabilisce un termine, non inferiore a quattro settimane, entro il quale detto soggetto può manifestare il proprio punto di vista per iscritto. Inoltre, può consentire ai denunciati di fare osservazioni nel corso dell'audizione delle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti³³.

Questa procedura, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza comunitaria³⁴, fa sì che il denunciante un presunto illecito *antitrust* abbia diritto, anche in caso di rigetto da parte della Commissione, ad un provvedimento motivato³⁵ in merito alla sua denuncia. La Commissione è, infatti, obbligata a dare la giusta attenzione alle denunce in forza del cosiddetto «*duty of vigilance*»³⁶.

Giova osservare che l'eventuale provvedimento di diniego, poi, in quanto produttivo di effetti giuridici, può essere impugnato dinanzi al giudice comunitario con un ricorso per annullamento ex art. 230 CE³⁷.

Ed invero, la Commissione dispone sì di un potere discrezionale per poter svolgere le sue funzioni in materia *antitrust*, ma «il rispetto delle garanzie previste dall'ordinamento giuridico comunitario nei procedimenti amministrativi ha un'importanza ancor più fondamentale»³⁸.

Per quanto attiene al termine entro cui la Commissione deve provvedere occorre evidenziare che «il trattamento diligente ed imparziale di una denun-

Commissione delle Comunità europee, in questa *Rivista*, 1998, p. 383 nonché P. PIRODDI, *Art. 255*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 877.

³² Quando la Commissione respinge una denuncia in quanto è già all'esame o è stata già trattata dall'Autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, l'istituzione comunitaria deve comunicare immediatamente al denunciante quale sia l'Autorità nazionale interessata (art. 9 del regolamento n. 773/2004).

³³ Cfr. art. 6 del regolamento n. 773/2004. In realtà, già gli artt. 6 e 7 del regolamento n. 2842/1998 contenevano disposizioni analoghe.

³⁴ Cfr. sentenza del 18 marzo 1997 in causa n. C-282/95 P, *Guerin*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1503, punto 6; sentenza del 4 marzo 1999 in causa n. C-119/97 P, *Ufex*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1341, punto 91; sentenza del 18 settembre 1992 in causa n. T-24/90, *Automec II*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 2223, punti 75 ss.

³⁵ Sull'obbligo di motivazione vedi sentenza *Bemim*, *cit. supra*, nota 26, punto 41 ss. e giurisprudenza ivi citata nonché *Automec II*, *loc. cit.*, punto 85 e *Ufex*, *loc. cit.*, nota 34, punto 91.

³⁶ Così R. WHISH, *Competition Law*, Bath, Butterworths, 2001, p. 240.

³⁷ Cfr. sentenza *SFEI*, *cit. supra*, nota 30, punto 27; nonché sentenza del 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875, punto 13. È interessante osservare che, anche se il giudice non può sostituire la propria valutazione a quella della Commissione in merito alla portata precisa delle conseguenze concrete di fatti complessi, dovendosi limitare a verificare l'insussistenza di errori manifesti (cfr., *ex plurimis*, sentenza *Bemim*, *loc. ult. cit.*, punto 72), in più occasioni il Tribunale di primo grado ha annullato provvedimenti di archiviazione della Commissione (vedi sentenza del 29 giugno 1993 in causa n. T-7/92, *Asia Motor II*, in *Raccolta*, 1993, II, p. 669; sentenza *Beuc*, *cit. supra*, nota 25; sentenza *Ufex*, *loc. ult. cit.*, nota 34).

³⁸ Così sentenza del 21 marzo 2001 in causa n. T-206/99, *Metropole*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 1057, punto 57 e giurisprudenza ivi citata.

cia trova espressione nel diritto ad una buona amministrazione, che rientra tra i principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Infatti, l'art. 41, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (*Guce* n. C 364, p. 1; in prosieguo: la «Carta dei diritti fondamentali») conferma che "[o]gni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione"³⁹.

Tale orientamento giurisprudenziale trova conferma anche nel recente Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa che, sebbene non sembri destinato ad entrare in vigore – almeno nella attuale stesura – a causa della mancata ratifica da parte di alcuni Paesi membri, fornisce un chiaro indirizzo dell'Unione in materia. Il Trattato in parola conferma l'attenzione al diritto fondamentale del cittadino ad una buona amministrazione: l'art. II-101 riprende, infatti, la formulazione contenuta dalla Carta dei diritti fondamentali⁴⁰ ampliandola e rafforzandola in virtù della portata vincolante. È previsto espressamente, altresì, l'obbligo dell'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

La giurisprudenza ha ritenuto, inoltre, che la decisione definitiva della Commissione in merito ad una denuncia debba essere resa entro un termine ragionevole a partire dalla ricezione delle osservazioni rese dal denunciante⁴¹ e tale ragionevolezza si misura in rapporto ai diversi elementi che caratterizzano la procedura⁴². In particolare, in materia di aiuti di Stato, è stato ritenuto ragionevole un termine di due mesi dalla notifica alla Commissione del progetto di aiuto⁴³.

³⁹ Sentenza del 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99, *max.mobil*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 313, par. 48 e in questa *Rivista*, 2003, p. 277 con commento di M. MICHELETTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico*, p. 281 ss. Sui rapporti tra diritti fondamentali e diritto della concorrenza vedi F. ZAMPINI, *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire de la concurrence*, RMCUE, 1999, p. 628.

⁴⁰ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea manca di «autonomo valore vincolante» (così conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano dell'8 febbraio 2001 in causa n. C-173/99, *BECTU*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4881, par. 27) ma costituisce di certo una solida fonte dei valori giuridici fondamentali dei vari Stati dell'Unione da cui derivano, peraltro, i principi generali del diritto comunitario. In materia di tutela dei valori fondamentali vedi anche M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.

⁴¹ In realtà la giurisprudenza a cui qui ci si riferisce fa riferimento alle osservazioni sulla comunicazione inviata in conformità all'art. 6 del regolamento n. 99/63, oggi abrogato. Tuttavia, considerato che tale previsione è analoga a quella di cui all'art. 7 del regolamento n. 773/2004, non vi è ragione di dubitare sull'applicabilità di tale giurisprudenza alla normativa attualmente vigente.

⁴² Vedi sentenza del 9 settembre 1999 in causa n. T-127/98, *UPS Europe*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 2633, punti 37-38 e giurisprudenza ivi citata.

⁴³ Cfr. sentenza dell'11 dicembre 1973 in causa n. 120/73, *Lorenz*, in *Raccolta*, 1973, p. 1471, punto 4 in tema di compatibilità di nuovi aiuti di Stato progettati e regolarmente notificati.

Per quanto attiene al termine entro il quale la Commissione, ex art. 7 del regolamento n. 773/2004, deve informare il denunciante sulla valutazione della richiesta di intervento, non vi sono norme positive in merito.

Al riguardo, il Libro Bianco sulla modernizzazione dell'applicazione delle norme *antitrust* presentato dalla Commissione aveva proposto un termine di quattro mesi⁴⁴. Sembra, dunque, plausibile ritenere che il termine non possa avere una durata maggiore anche alla luce del diritto fondamentale del denunciante ad una durata ragionevole del procedimento.

Qualora la Commissione non provveda nel termine (ragionevole), come oramai costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza⁴⁵, il denunciante può proporre un ricorso in carenza ex art. 232 CE⁴⁶ al fine di ottenere una dichiarazione di inerzia dell'istituzione comunitaria⁴⁷.

Tale pronuncia obbliga certamente la Commissione ad adottare un provvedimento – eventualmente anche di diniego – in ordine alla denuncia, ma

⁴⁴ Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE, presentato dalla Commissione il 28 aprile 1999, in *Guce* n. C 132 del 12 maggio 1999, p. 1, par. 120 ss., su cui vedi N. JALABERT, *Livre blanc sur la modernisation de l'application des articles 81 e 82*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1999, p. 497; I. S. FORRESTER, *The Modernization of EC Antitrust Policy. Compatibility, Efficiency, Legal Securities*, relazione presentata a «2000 EU Competition Workshop», European University Institute, Firenze 2 giugno 2000; C. D. EHLERMANN, *The modernization of EC antitrust policy: A legal and cultural revolution*, *CMLR*, 2000, p. 537. Le proposte della Commissione in tema di esame delle denunce sono state peraltro oggetto di critiche da parte della dottrina (cfr. S. BONI, *La tutela dei diritti*, *cit. supra*, nota 19, p. 69-70 nonché in argomento G. M. ROBERTI, *La tutela del denunciante in caso di inerzia della Commissione nelle procedure in materia di concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 164).

⁴⁵ Cfr. sentenza del 18 settembre 1992 in causa n. T-28/90, *Asia Motor*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 2285; nonché sentenza del 10 giugno 1982 in causa n. 246/81, *Lord Bethell*, in *Raccolta*, 1982, p. 2777; sentenza del 3 giugno 1999 in causa n. T-17/96, *TF1*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 1757.

⁴⁶ L'art. 232 CE prevede che: «Qualora, in violazione del presente Trattato, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione si astengano dal pronunciarsi, gli Stati membri e le altre istituzioni della Comunità possono adire la Corte di giustizia per far constatare tale violazione. Il ricorso è ricevibile soltanto quando l'istituzione in causa sia stata preventivamente richiesta di agire. Se, allo scadere di un termine di due mesi da tale richiesta, l'istituzione non ha preso posizione, il ricorso può essere proposto entro un nuovo termine di due mesi. Ogni persona fisica o giuridica può adire la Corte di giustizia alle condizioni stabilite dai commi precedenti per contestare ad una delle istituzioni della Comunità di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere».

⁴⁷ Sul punto vedi P. MENGOZZI, *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridique des particuliers*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 181 ss. È opportuno osservare che è altresì possibile dolersi di fronte ai giudici nazionali dei comportamenti anticoncorrenziali dal momento che gli artt. 81 e 82 CE sono provvisti di effetto diretto (cfr. sentenza *Guérin*, *cit. supra*, nota 34, punto 39). Sull'effetto diretto delle norme comunitarie vedi, *ex plurimis*, R. ADAM, *Le fonti comunitarie. Il diritto comunitario nell'ordinamento giuridico italiano*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, Torino, Giappichelli, 2000; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1983; P. CRAIG, *Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, in *EL Rev.*, 1997, p. 519; P. MENGOZZI, *Diretta applicabilità del diritto comunitario, poteri del giudice ordinario e decisioni della Commissione CEE*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 56; P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1997, p. 2.

non comporta una decisione circa la fondatezza della richiesta e, dunque, un obbligo dell'istituzione di effettuare un'istruttoria *antitrust*⁴⁸.

4. Rapporto tra diritto interno e comunitario alla luce dell'applicazione decentrata della normativa *antitrust*

Il regolamento n. 1/2003 in tema di applicazione delle regole di concorrenza sancisce espressamente la propria ottemperanza ai diritti fondamentali e ai principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ciò comporta che esso debba essere interpretato e applicato in relazione a tali principi e diritti (cfr. *considerando* n. 37), compreso, dunque, il sopraccitato diritto del denunciante ad ottenere in un termine ragionevole un provvedimento motivato in merito alla denuncia presentata.

In forza del decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza di cui al Trattato CE a favore delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, queste sono competenti ad applicare, d'ufficio o su denuncia, gli artt. 81 e 82 (cfr. art. 5 del regolamento n. 1/2003).

Tale decentramento comporta una più ampia e attiva partecipazione degli Stati membri nell'applicazione dell'intera disciplina comunitaria al fine di adeguare la normativa di settore alle sfide di un mercato integrato e all'ampliamento della Comunità. In tal modo la Commissione rafforza l'efficacia della propria azione di contrasto dei comportamenti anticoncorrenziali concentrandosi prevalentemente sull'accertamento delle violazioni di maggiore gravità.

Inoltre, le Autorità nazionali possono applicare direttamente la norma che consente di esentare talune intese dall'applicazione dei divieti *antitrust* (art. 81, n. 3, CE).

Il regolamento n. 1/2003 richiede, poi, un'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza (cfr. art. 16⁴⁹, art. 15, comma 3⁵⁰,

⁴⁸ Il ricorso in carenza, peraltro, non garantisce al denunciante la certezza di ottenere un provvedimento definitivo avverso il quale, in quanto viziato, potrebbe ricorrere ex art. 230 CE. Infatti, pur ottenendo la possibilità di interloquire con la Commissione ex art. 7 del regolamento n. 773/2004, nulla esclude che l'istituzione comunitaria ometta di pronunciarsi in via definitiva. Come chiarito dalla sentenza *Guerin, cit. supra*, nota 34, il denunciante avrà come unica arma anche in questo caso la proposizione di un (nuovo) ricorso in carenza.

⁴⁹ Secondo l'art. 16 (Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza) «1. Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'art. 81 o 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'art. 234 del Trattato. 2. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'art. 81 o dell'art. 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione».

⁵⁰ L'art. 15, comma 3, nell'ambito della cooperazione con le giurisdizioni nazionali prevede che «Qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'art. 81 o dell'art. 82 del Tratta-

considerando n. 22⁵¹) e ciò comporta che le autorità nazionali, quando operano, devono garantire una applicazione quanto più possibile identica a quella esistente a livello comunitario⁵².

Pertanto, può ritenersi che il decentramento contemplato dal regolamento comporti l'applicabilità da parte delle autorità nazionali non solo degli artt. 81 e 82 CE ma anche delle disposizioni strettamente correlate a dette norme, se non altro nei casi in cui la normativa interna non preveda una disciplina analoga a quella comunitaria che, come nel caso in esame, conferisce uno specifico diritto ad un soggetto.

Relativamente alla posizione del denunciante, dunque, alla luce del silenzio della normativa nazionale in materia, sembra doversi applicare il regolamento n. 773/2004 – adottato in applicazione del regolamento n. 1/2003 – per disciplinare il trattamento delle denunce⁵³ per quanto non previsto dal diritto interno.

In buona sostanza, a seguito di una denuncia relativa ad un presunto illecito *antitrust*, l'Autorità, quando applica gli artt. 81 e 82 CE, nel caso in cui ritenga che non sussistano motivi sufficienti per agire, deve – in analogia con quanto previsto dall'art. 7 del regolamento n. 773/2004 – informare in un termine ragionevole il denunciante dei relativi motivi e dare la possibilità a quest'ultimo di presentare osservazioni scritte.

E se ciò è vero quando le Autorità nazionali, operando "in via decentrata", applicano gli artt. 81 e 82 CE, non vi è motivo alcuno di dubitare che la medesima procedura vada seguita dall'Autorità quando la fattispecie denunciata afferisce a questioni meramente nazionali.

to, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali».

⁵¹ Il *considerando* 22 stabilisce che «Per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni. Occorre pertanto precisare, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli effetti delle decisioni e dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato».

⁵² In tal senso vedi R. MASTROIANNI, *Osservazioni in merito all'effettività del sistema italiano di tutela "decentrata" del diritto comunitario della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 78 ss. nonché S. BONI (*La tutela dei diritti*, cit. supra, nota 19, p. 83-84) il quale ritiene che colui che denuncia presunti illeciti *antitrust* all'Autorità nazionale debba avere gli stessi diritti riconosciuti dal diritto comunitario, specialmente in sede giurisdizionale, alla luce dell'art. 10 CE nonché in applicazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di origine comunitaria.

⁵³ Autorevole dottrina ha affermato che per coerenza con i principi del diritto comunitario – imposta dall'art. 1, comma 4, l. n. 287/90 – devono ammettersi in ambito italiano le facoltà riconosciute al denunciante dal diritto comunitario (cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 655 con particolare riferimento all'impugnabilità dei provvedimenti di archiviazione di una denuncia in forza della sentenza *Guerin*, cit. supra, nota 34).

Ed invero, come rilevato dalla dottrina, alla luce della sostanziale identità tra le fattispecie disciplinate dalle norme *antitrust* comunitarie e quelle nazionali, adottare impostazioni differenti non solo sarebbe illogico, ma soprattutto darebbe vita ad una cosiddetta *discriminazione a rovescio*, in ogni caso da rimuovere in quanto contraria all'art. 3 Cost.⁵⁴.

Del resto, la pressoché identità dei procedimenti è ravvisabile anche quando l'Autorità apre un'istruttoria. La normativa nazionale (art. 6, comma 4, dpr n. 217/1998), infatti, in maniera del tutto analoga alla disciplina comunitaria, prevede che l'apertura dell'istruttoria sia notificata, tra gli altri, a coloro che hanno presentato una denuncia o un'istanza utili all'avvio dell'istruttoria stessa. Questi soggetti, inoltre, possono partecipare all'istruttoria presentando memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri e possono accedere ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità⁵⁵.

Peraltro, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito che, in tema di concorrenza, il fine di non vanificare l'obiettivo primario dell'uniforme applicazione del diritto comunitario all'interno del mercato comune comporta che i conflitti tra norma comunitaria e norma nazionale vadano risolti in forza del principio del primato della prima sulla seconda⁵⁶. Pertanto, nel caso in cui si voglia ritenere che la normativa interna (dpr n. 217/1998) non consenta l'applicazione analogica della disciplina comunitaria (*rectius*: non riconosca un diritto di origine comunitaria), la prima dovrà essere disapplicata, restando la fattispecie regolata dalla sola norma comunitaria.

La tesi sopra esposta secondo cui il denunciante – nel caso in cui l'Autorità, a seguito di una denuncia, ritenga di non avviare un'istruttoria, in analogia all'art. 7 del regolamento n. 773/2004 – abbia diritto ad essere informato in tempi ragionevoli di tale orientamento e ad avere la possibilità di presentare osservazioni scritte in merito, appare rafforzata dalla recente legge n. 15/2005.

Infatti, tale normativa, modificando l'art. 1 della l. n. 241/90, ha previsto espressamente che l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo, tra l'altro, i principi dell'ordinamento comunitario.

Pertanto, alla luce di detta disposizione, l'Autorità⁵⁷ deve agire avendo riguardo non solo al diritto interno ma anche al diritto comunitario⁵⁸ e, così, se

⁵⁴ Così S. BONI, *La tutela dei diritti*, cit. supra, nota 19, p. 85.

⁵⁵ Cfr. art. 7 dpr n. 217/1998.

⁵⁶ Cfr. sentenza del 13 febbraio 1969 in causa n. 14/68, *Wilhelm*, in *Raccolta*, 1969, p. 1, punto 3.

⁵⁷ Ed invero l'Autorità, anche se indipendente, è parte della Pubblica Amministrazione (cfr. V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 113 nonché M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit. supra, nota 14, in particolare p. 71 ss.) e, dunque, ad essa sono certamente applicabili i principi generali dell'azione amministrativa di cui all'art. 1, l. n. 241/90. La novella alla l. n. 241/90 di cui alla l. n. 15/2005 ha introdotto peraltro all'art. 29 la previsione secondo cui «le disposizioni della presente legge si applicano ai

la norma comunitaria riconosce un diritto in capo ad un soggetto, tale diritto dovrà essere riconosciuto in una situazione del tutto analoga anche in ambito nazionale.

Né può essere considerata una limitazione all'applicazione della normativa comunitaria il riferimento dell'art. 1 della l. n. 241/90 ai soli principi dell'ordinamento comunitario e non al diritto comunitario complessivamente considerato. Infatti, tale disposizione riprende, peraltro in modo ancor più incisivo, quella contenuta nell'art. 1, comma 4, l. n. 287/90⁵⁹ che è costantemente stata interpretata da dottrina e giurisprudenza come riferita non solo ai principi, ma al diritto comunitario in senso lato, comprensivo di norme di diritto positivo e giurisprudenza⁶⁰.

Giova osservare, inoltre, che le disposizioni nazionali contenute nel regolamento in materia di procedure istruttorie *antitrust* (dpr n. 217/1998), in quanto norme speciali, vanno integrate con quelle della legge generale sul procedimento amministrativo, che a sua volta trova applicazione tutte le volte

procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche».

⁵⁸ Sul tema vedi R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2005, p. 18 s.

⁵⁹ L'art. 1, comma 4, l. n. 287/90 prevede che: «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

⁶⁰ Alla luce dei rapporti esistenti tra ordinamento comunitario e nazionale ed in seno ad un più ampio processo di uniformazione e ravvicinamento delle norme e dei principi tra i Paesi membri al fine realizzare una sempre maggiore integrazione, l'art. 1, comma 4, l. n. 287/90 è stata ritenuta doverosa per il legislatore (cfr. G. MANGIONE, *Art. 1*, in P. MARCHETTI - L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit. supra, nota 16, p. 345). Sul punto si è sostenuto inoltre che la l. n. 287/90 deve essere interpretata in modo da conformarsi il più possibile con la normativa comunitaria (così M. SIRAGUSA - G. SCASELLATI SFORZOLINI, *Il diritto della concorrenza italiano e comunitario: un nuovo rapporto*, in *Foro it.*, 1992, c. 265, con particolare riferimento all'inclusione nei "principi comunitari" della normativa CE primaria e secondaria; in tal senso vedi anche V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 13-14; la Prima relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità, p. 16; M. MEROLA - G. RIZZA BAJARDO, *Tutela della concorrenza nella l. n. 287 del 1990: rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 1991, IV, p. 523; F. MUNARI, *La legge n. 287/1990 ed i suoi rapporti col diritto comunitario - Primi appunti*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 188 nonché M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, cit. supra, nota 53, p. 655). Le critiche a detto completo rinvio alle norme comunitarie (cfr. A. GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto impresa*, 1991, p. 639) non sembra che possano essere condivise con riferimento all'art. 1, comma 1, l. n. 241/90 in quanto in questo caso il rinvio è certamente più incisivo. Infatti è espressamente previsto che l'azione amministrativa è regolata dai principi dell'ordinamento comunitario, mentre l'art. 1, comma 4, l. n. 287/90 prescrive che la sola interpretazione delle norme nazionali si fonda su detti principi. La dottrina parla in proposito di "subordinazione" dell'attività amministrativa al diritto comunitario (cfr. F. ALBO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in R. TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2005, p. 62). In giurisprudenza vedi Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2004 n. 5368 secondo cui l'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990 n. 287 è una «norma che è statuita per il diritto antitrust sostanziale ma che deve ritenersi espressiva di un principio generale di conformazione del diritto antitrust al diritto comunitario, ricavabile anche dal recente regolamento n. 1 del 2003».

in cui non sia derogata dalla l. n. 287/90⁶¹. Con particolare riferimento alla fase preistruttoria, considerato che nulla è previsto circa i diritti dei denunciati e sugli obblighi dell'Autorità nei confronti di questi ultimi né nella l. n. 287/90 né nel dpr n. 217/1998, in materia dovrà trovare applicazione l'art. 1, comma 1, l. n. 241/90 e, dunque, le previsioni comunitarie sopra analizzate.

5. Applicabilità della disciplina del nuovo procedimento amministrativo

Il riconoscimento nell'ambito delle procedure dinanzi all'Autorità dei diritti del denunciante contemplati dalle disposizioni comunitarie comporta che i tipici istituti amministrativi interni – nonché la relativa giurisprudenza –, ove non conformi al prevalente diritto comunitario, devono necessariamente adattarsi alle previsioni da esso contemplate⁶².

Appare, pertanto, opportuno riclassificare la natura delle denunce presentate all'Autorità conferendo a tali atti la natura e gli effetti di una vera e propria istanza, con il conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedere secondo quanto disposto dalla l. n. 241/90.

Non sembra, infatti, più condivisibile qualificare dette denunce come mere domande, atti cioè capaci di dare impulso ad un'istruttoria ma non idonei, a differenza delle istanze, a far sorgere l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento motivato⁶³; né tantomeno appare condivisibile ritenere inapplicabile alla fase preistruttoria la l. n. 241/90 in quanto tale fase non sarebbe classificabile come «procedimento» ai sensi di detta disciplina⁶⁴.

È interessante osservare che, in realtà, già alla luce del dpr n. 217/1998, era ipotizzabile classificare le denunce all'Autorità come istanze. Infatti, detta normativa nel prevedere che i provvedimenti debbano essere comunicati ai soggetti che «hanno presentato denunce o istanze» (cfr. art. 6) o che «hanno presentato esposti, denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria» (cfr. art. 11) sembra distinguere gli atti con cui il soggetto si rivolge all'Autorità quanto meno in due diverse tipologie: denunce e istanze.

⁶¹ In tal senso F. SAJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, p. 462.

⁶² Si è ritenuto che il processo di integrazione comunitaria ha comportato la modifica e in alcuni casi il superamento di vari istituti e categorie concettuali proprie del diritto amministrativo italiano (F. ALBO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina*, cit. supra, nota 60, p. 62).

⁶³ Cfr. sul punto S. BONI, *La tutela dei diritti*, cit. supra, nota 19, p. 73.

⁶⁴ Vedi M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto antitrust*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 85-86.

Appare così ipotizzabile che, nel caso in cui il soggetto presenti un mero esposto nell'esclusivo intento di essere di ausilio all'Autorità, questi non abbia diritto ad alcuna comunicazione al termine della fase preistruttoria, mentre quando sporge una denuncia con l'espressa richiesta di intervento in istruttoria da parte dell'Autorità, questa debba adottare un provvedimento debitamente motivato e in un ragionevole lasso di tempo.

Peraltro, la dottrina, ancor prima del dpr n. 217/1998, ha affermato che qualora il denunciante non si limiti a evidenziare la presunta violazione, ma proponga contestualmente una specifica istanza di apertura di istruttoria, trova applicazione la l. n. 241/90⁶⁵. E ciò anche in base a quanto affermato dalla stessa Autorità secondo cui «la linea interpretativa adottata in proposito (...) è fondata sulla recente normativa contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevede tra l'altro la necessità di concludere ogni istanza del privato con un provvedimento amministrativo motivato (art. 3, primo comma). Sulla base di tale legge, il procedimento amministrativo avviato su richiesta del privato interessato non può mai legittimamente concludersi con un *non liquet*. È sempre necessaria una pronuncia dell'autorità competente che, salvo sia diversamente disposto, deve essere adottata entro i termini previsti dalla l. n. 241/90; è inoltre indispensabile l'osservanza di tutte le norme procedurali dettate dall'ordinamento giuridico e quindi anche dalla citata legge»⁶⁶.

In definitiva, appare ammissibile ritenere che, a seguito di una denuncia con contestuale istanza di apertura di un'istruttoria, l'Autorità debba emettere, ai sensi della l. n. 241/90, un provvedimento, anche se negativo, al termine della fase preistruttoria in 90 giorni⁶⁷ dalla ricezione di detta denuncia⁶⁸.

Detto termine appare peraltro «ragionevole» come richiesto dal diritto comunitario. Infatti, il termine entro il quale il denunciante deve essere informato, ex art. 7 del regolamento n. 773/2004, sulla valutazione della richiesta di intervento della Commissione – come sopra osservato – non sembra possa avere una durata superiore ai quattro mesi.

L'applicabilità alle denunce presentate all'Autorità delle disposizioni in tema di istanze di cui alla l. n. 241/90 risulta essere del tutto in linea con i diritti riconosciuti ai denunciati dal diritto comunitario, anche se si considera

⁶⁵ Così G. AMORELLI, *I procedimenti contenziosi*, cit. supra, nota 7, p. 36.

⁶⁶ Relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri, 30 aprile 1992, p. 60-61, reperibile sul sito dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: <http://www.agcm.it>

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. n. 241/90 nuova formulazione, detto termine può essere sospeso, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

⁶⁸ L'art. 8, comma 2, lett. c-bis, l. n. 241/90 prevede che nella comunicazione con cui l'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento si deve indicare, tra l'altro, la data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione.

che la recente modifica di tale normativa interna ha introdotto tra i criteri su cui si fonda l'azione amministrativa la trasparenza, nel senso di conoscibilità all'esterno dell'attività amministrativa, comportando l'obbligo per la P.A. di rendere possibile conoscere e controllare il percorso dell'esercizio del potere amministrativo⁶⁹. È stato così previsto – in modo analogo a quanto riconosciuto ai denunciati ex art. 7 del regolamento n. 773/2004 – che tra i diritti dei partecipanti al procedimento vi sia l'obbligo di comunicare i motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza. In particolare, prima della formale adozione di un provvedimento negativo l'amministrazione deve dare tempestivamente notizia agli istanti dei motivi che ostano all'accoglimento, cosicché entro dieci giorni⁷⁰ dal ricevimento di tale comunicazione questi possano presentare per iscritto osservazioni e depositare documenti⁷¹. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale (cfr. art. 10 bis, l. n. 241/90).

Dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti del denunciante, alla luce del riconoscimento nell'ambito delle procedure dinanzi all'Autorità dei diritti di cui all'art. 7 del regolamento n. 733/2004 e, dunque, dell'applicabilità delle disposizioni in tema di istanze di cui alla l. n. 241/90 alle denunce *antitrust*, appare ammissibile – diversamente da quanto sembra doversi ritenere alla luce della attuale giurisprudenza⁷² – agire contro il silenzio dell'Autorità in caso di inerzia già nella fase preistruttoria⁷³. Peraltro, è lo stesso giudice amministrativo ad affermare che il denunciante possa far valere l'interesse a che l'Autorità esamini e si pronunci sulla denuncia presentata⁷⁴.

⁶⁹ Cfr. F. ALBO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina*, cit. *supra*, nota 60, p. 60-61.

⁷⁰ Si osserva, invero, che ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 773/2004 il termine per i denunciati per la presentazione di osservazioni scritte relativamente al provvedimento con cui la Commissione comunica loro l'intenzione di non dar seguito alla denuncia non può essere inferiore a quattro settimane e, dunque, sotto tale aspetto, quanto previsto dalla l. n. 241/90 non appare applicabile ai procedimenti dinanzi all'Autorità. Si può, pertanto, ipotizzare, alla luce della prevalenza del diritto comunitario su quello interno, una durata di detto termine pari a quella prevista dal regolamento Ce. In tema di adeguamento del diritto interno al diritto internazionale, vedi G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto pubbl.*, Torino, Utet, 1997, vol. XII, p. 391; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, p. 160 ss.

⁷¹ La comunicazione interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano a decorrere nuovamente dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine per il deposito di dette osservazioni.

⁷² Cfr. *supra*, par. 2.

⁷³ Ai sensi dell'art. 2, comma 4 bis, l. n. 241/90 decorso il termine di novanta giorni dalla istanza può essere proposto ricorso avverso il silenzio anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dal citato termine.

⁷⁴ Cfr. TAR Lazio 9 aprile 2001, n. 3056. In dottrina, nel senso di riconoscere al denunciante la legittimazione a proporre il ricorso avverso il silenzio, vedi A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2245.

Giova osservare che l'ammissibilità di tale ricorso, oltre a rappresentare un segno di civiltà giuridica e di pieno rispetto dei diritti fondamentali del cittadino ad una buona amministrazione, è indubbiamente un valido sprone per un'attenta analisi da parte dell'Autorità delle denunce presentate.

Alla luce delle novità introdotte dalle recenti modifiche della l. n. 241/90⁷⁵, poi, l'efficacia del ricorso contro l'inerzia dell'Autorità appare rafforzata dalla facoltà del giudice investito della questione di pronunciarsi anche sulla fondatezza della domanda (cfr. art. 2)⁷⁶.

È pur vero che tale nuovo potere del giudice appare maggiormente fruibile in casi di impugnazione del silenzio avverso atti vincolati della P.A. e avendo l'Autorità ampia discrezionalità circa l'apertura di un'istruttoria, questo strumento non sembra di facile applicazione in materia *antitrust*. Tuttavia, esso rappresenta senza dubbio una chiara tendenza del legislatore a rendere quanto più efficace possibile l'impugnazione del silenzio al fine di migliorare l'efficienza della P.A.

Si osserva, inoltre, che alla luce di quanto sopra rilevato in merito ai diritti da riconoscersi al denunciante, sembra ammissibile, analogamente a quanto previsto dal diritto comunitario, un'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo del provvedimento di non avvio di istruttoria⁷⁷.

Preme osservare, infine, che poiché i diritti riconosciuti ai denunciati nell'ambito delle procedure dinanzi all'Autorità sono di origine comunitaria, essi (nonché le conseguenti tutele giurisdizionali) devono essere in ogni caso garantiti, anche se non si vuol ritenere condivisibile la tesi dell'applicabilità alle denunce della disciplina in tema di istanze di cui alla l. n. 241/90.

In conclusione, relativamente alla fase preistruttoria *antitrust*, il denunciante ha diritto di ricevere una decisione in merito alla sua denuncia e l'Autorità, nel caso in cui intenda negare l'apertura dell'istruttoria, deve adottare entro un ragionevole termine un provvedimento debitamente motivato su-

⁷⁵ L'art. 3, comma 6 bis, della l. n. 80 del 14 maggio 2005, ha integralmente sostituito l'art. 2 della l. n. 241/90, come modificato dalla l. n. 15 dell'11 febbraio 2005.

⁷⁶ È interessante osservare che la giurisprudenza anche prima della citata riforma del procedimento amministrativo – anticipandone i contenuti e difformemente da quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 9 gennaio 2001 – aveva affermato il potere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza (Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2002, n. 5318; TAR Veneto, sez. I, 21 febbraio 2005, n. 723 e in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2002, n. 1974). Sul punto vedi, M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990 (Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e Legge del 14 maggio 2005, n. 80)*, in www.giustamm.it, p. 13-14. Peraltro, la giurisprudenza si è subito orientata nel dare immediata applicazione nei giudizi in corso alla facoltà di cui all'art. 2 l. n. 241/90 nuova formulazione di conoscere della fondatezza dell'istanza (cfr. TAR Catanzaro 11 luglio 2005 nonché TAR Toscana, 20 giugno 2005, n. 3044, entrambe reperibili su www.giustamm.it).

⁷⁷ La Cassazione, peraltro, ha già configurato un interesse, differenziato e rilevante, dei terzi al corretto esercizio della funzione di controllo assegnata ad una amministrazione ammettendo la legittimazione di costoro a proporre un'azione di risarcimento nei confronti dell'autorità di vigilanza (Cfr. Cass. 3132/2001, in *Foro it.*, 2001, c. 1139).

scettibile di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Inoltre, in caso di inerzia, dovrebbe essere riconosciuto al denunciante di poter convenire in giudizio l'Autorità inadempiente per la condanna di quest'ultima a provvedere.

Pietro Troianiello

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

ORGANI COMPETENTI A DETERMINARE E AD APPLICARE I CRITERI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA NEGLI APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI

Corte di giustizia

Sentenza del 24 novembre 2005 in causa n. C-331/04*

ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia, con l'intervento di ATI La Linea SpA-CSSA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 92/50/Cee, art. 36 - Direttiva n. 93/38/Cee, art. 34 - Appalti pubblici di servizi - Criteri di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Ponderazione dei sottocriteri - Rispetto del principio di parità di trattamento e di trasparenza.

L'art. 36 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e l'art. 34 della direttiva del Consiglio 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, devono essere interpretati nel senso che il di-

* In *Raccolta*, 2005, I, p. 10109 ss. In argomento v. *infra*, p. 31 ss., il commento di *PATRIZIA QUATA*.

ritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;
- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

(Omissis) **In diritto**

Controversia principale e questioni pregiudiziali

5. Il 6 aprile 2002 l'ACTV ha fatto pubblicare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* un bando relativo ad un appalto pubblico di trasporto di persone, comprendente tre lotti. La controversia principale riguarda il lotto n. 1, relativo al servizio urbano della città di Mestre per il periodo compreso tra il 16 giugno 2002 e il 31 dicembre 2003.

6. In tale bando di gara, alla voce «Criteri di aggiudicazione», era indicato che l'ACTV aveva deciso di aggiudicare l'appalto al concorrente che avesse presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

7. Le ricorrenti nella causa principale hanno chiesto di partecipare al procedimento di aggiudicazione. Con lettera 7 maggio 2002 l'ACTV le ha invitate a presentare offerte per il lotto n. 1. Il disciplinare di gara, allegato a tale invito, prevedeva i quattro criteri di aggiudicazione seguenti, in base ai quali doveva essere determinata l'offerta economicamente più vantaggiosa:

«1. Prezzo al chilometro per i servizi indicati negli allegati A, B e C del capitolato:

- max 60 punti attribuiti mediante la relazione (...)

2. prezzo al chilometro per servizi aggiuntivi a quelli degli allegati A, B e C del capitolato:

- max 10 punti attribuiti mediante la relazione (...)

3. modalità organizzative e strutture di supporto utilizzate per l'esecuzione del servizio, desumibili dal documento di cui al punto 3.10 n. 6 del presente disciplinare:

- max 25 punti, attribuiti da ACTV a suo insindacabile giudizio;

4. possesso di certificazione di qualità (...): 5 punti».

8. Per quanto riguarda il terzo di questi quattro criteri di aggiudicazione dell'appalto, il disciplinare di gara prevedeva, al punto 3.10 n. 6, che l'offerta dovesse contenere una relazione descrittiva dell'organizzazione e delle strutture logistiche e di supporto che sarebbero state utilizzate nella gestione dei servizi oggetto del contratto in caso di aggiudicazione; la detta relazione avrebbe dovuto contenere obbligatoriamente almeno le seguenti indicazioni:

- «depositi e/o aree per il parcheggio degli autobus, di proprietà o in disponibilità dell'impresa, nel territorio della Provincia di Venezia (...);
- modalità di controllo del servizio erogato e n° di addetti al controllo del servizio stesso;
- n. conducenti di linea e tipo patente posseduta;
- n. sedi di proprietà o in disponibilità dell'impresa (diverse dai depositi) nel territorio della Provincia di Venezia (...);
- n. addetti all'organizzazione dei turni del personale di guida».

9. In seguito, il 29 maggio 2002, ossia dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e prima dell'apertura delle buste, al momento in cui essa disponeva già di una lista che indicava i nomi delle tre imprese che avevano presentato offerte per il lotto oggetto della causa principale, la commissione aggiudicatrice, nel verbale n. 1, ha ponderato i 25 punti che potevano essere attribuiti per il detto terzo criterio, suddividendoli tra cinque sottocriteri corrispondenti a ciascuna delle indicazioni che dovevano essere menzionate nella relazione allegata all'offerta presentata dai concorrenti. I punti che potevano essere attribuiti per ciascuno di tali sottocriteri sono stati ripartiti nel modo seguente: 8, 7 e 6 punti, rispettivamente, per il primo, il secondo e il terzo sottocriterio e 2 punti ciascuno per il quarto e il quinto sottocriterio.

10. Il 30 maggio 2002, dopo aver escluso una delle tre offerte presentate, la commissione aggiudicatrice ha effettuato la valutazione di quelle provenienti dalle ricorrenti nella causa principale e dall'ATI La Linea SpA-CSSA (in prosieguo: l'«ATI La Linea»). Quest'ultima si è aggiudicata l'appalto con 86,53 punti, mentre le ricorrenti nella causa principale hanno ottenuto 83,50 punti.

11. Ritenendo che l'ATI La Linea fosse riuscita ad aggiudicarsi l'appalto soltanto grazie alla ripartizione a posteriori del numero di punti che potevano essere attribuiti per il terzo criterio, le ricorrenti nella causa principale hanno impugnato le misure e le decisioni adottate dalla commissione aggiudicatrice dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale sulla base, tra l'altro, di censure vertenti su una violazione dell'art. 36, n. 2, della direttiva n. 92/50.

12. Il Tribunale Amministrativo Regionale ha respinto il ricorso così proposto affermando, in particolare, che i criteri di aggiudicazione e gli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto oggetto della causa principale erano indicati nel disciplinare di gara.

13. Le ricorrenti nella causa principale si sono appellate contro tale decisione dinanzi al Consiglio di Stato, il quale ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«*l.* Se sia legittimo interpretare tali disposizioni [l'art. 36 della direttiva n. 92/50 e l'art. 34 della direttiva n. 93/38] come contenenti norme elastiche che permettono alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, di fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'oneri, consentendo poi, alla Commissione di gara, l'eventuale specificazione e/o integrazione di tali criteri, ove necessaria, e sempre che tale specificazione e/o integrazione avvenga prima della apertura dei plichi contenenti le offerte e non risulti innovativa dei criteri predeterminati dal bando o se, invece, detta norma debba essere interpretata come norma rigida, che impone alla stazione appaltante di determinare analiticamente i criteri di aggiudicazione nel bando o nel capitolato d'oneri, e co-

munque prima della prequalificazione o dell'invito, ed esclude che la Commissione di gara possa in qualsiasi modo intervenire specificando e/o integrando i predetti criteri, o costruendo sotto-voci o sub-punteggi, in quanto ogni indicazione dei criteri di aggiudicazione, per ragioni di trasparenza, deve essere contenuta nel bando o nel capitolato d'onori.

Se sia legittimo, in definitiva, alla luce del diritto comunitario, l'orientamento interpretativo tradizionale maturato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato volto ad ammettere l'intervento integrativo dei criteri, da parte della Commissione di gara prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte.

2. Se sia legittimo, alla luce di tale norma interpretata elasticamente alla luce dell'avverbio "possibilmente", per la stazione appaltante emanare un disciplinare di gara che in relazione ad un criterio di aggiudicazione (nella specie modalità organizzative e di supporto) preveda l'assegnazione di punti ad insindacabile giudizio della stazione appaltante, con riferimento [ad] una serie complessa di criteri di cui il bando non prevede la graduazione risultando in tal senso, in parte, indeterminato o se comunque la norma imponga una tassatività di massima nella formulazione dei criteri non compatibile con la mancata graduazione degli stessi nel bando e se, in caso di legittimità della previsione, per effetto della ritenuta elasticità della norma e della non obbligatorietà della graduazione di tutti gli elementi, a fronte di essa, in mancanza di un espresso conferimento di poteri alla Commissione da parte del bando, possa ammettersi l'intervento integrativo-specificativo della Commissione (risoltosi semplicemente nell'attribuire rilevanza autonoma e peso relativo ad ogni singolo elemento che il bando voleva valutare attribuendo complessivamente massimo 25 punti) o se, invece, debba farsi applicazione letterale del disciplinare di gara, attribuendo il punteggio con valutazione unitaria dei vari e complessi elementi considerati dalla *lex specialis*.

3. Se comunque sia legittimo alla luce di tale disposizione riconoscere in via generale alla Commissione di gara che deve valutare le offerte, indipendentemente dalle modalità di formulazione del bando, nel procedimento di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, ma solo a fronte della complessità degli elementi da valutare, un potere di autolimitare, in via generale, la propria azione, specificando i parametri di applicazione dei criteri prefissati dal bando, e se tale potere della Commissione possa essere esercitato costruendo sotto-voci, sub-punteggi, o semplicemente dettando criteri più specifici di applicazione dei criteri indicati in via generale dal bando o dal capitolato d'onori naturalmente sempre prima di procedere all'apertura delle buste».

Sulla domanda di riapertura della fase orale

(*Omissis*)

Sulle questioni pregiudiziali

18. In via preliminare occorre rilevare, come ha fatto il giudice del rinvio, che con la decisione oggetto della causa principale la commissione aggiudicatrice ha semplicemente determinato il modo in cui i 25 punti previsti per il terzo criterio di

aggiudicazione dovessero essere ripartiti tra i cinque sottocriteri già definiti nel disciplinare di gara.

19. Alla luce di ciò, le questioni pregiudiziali devono essere intese come vertenti, sostanzialmente, sulla questione se gli artt. 36 della direttiva n. 92/50 e 34 della direttiva n. 93/38 debbano essere interpretati nel senso che il diritto comunitario osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara.

20. Occorre anzitutto rilevare, come ha osservato giustamente il Governo austriaco, che le disposizioni degli artt. 36 della direttiva n. 92/50 e 34 della direttiva n. 93/38 non possono essere applicate contemporaneamente alla stessa fattispecie. Tuttavia, le disposizioni oggetto delle questioni pregiudiziali sono formulate in maniera sostanzialmente identica e devono essere interpretate allo stesso modo (v. sentenza 17 settembre 2002 in causa n. C-13/99 [*rectius*: C-513/99 *n.d.r.*], *Concordia Bus Finland*, in *Raccolta*, I, p. 7213, punto 91). Di conseguenza, la Corte può fornire una risposta utile alla questione quale riformulata, senza dover necessariamente pronunciarsi su quale di queste due direttive sia applicabile nella causa principale.

21. Occorre poi ricordare che i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e devono rispettare, in particolare, i principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in tal senso, sentenza *Concordia Bus Finland*, *cit.*, punto 64).

22. Nel contesto della causa in esame si deve rilevare, in particolare, che il dovere di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici (v. sentenza *Concordia Bus Finland*, *cit.*, punto 81) e che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia nel momento in cui queste sono valutate (v. sentenza 18 ottobre 2001 in causa n. C-19/00, *SIAC Construction*, in *Raccolta*, I, p. 7725, punto 34).

23. Occorre inoltre ricordare che, conformemente agli artt. 36 della direttiva n. 92/50 e 34 della direttiva n. 93/38, tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata (v. sentenza *Concordia Bus Finland*, *cit.*, punto 62).

24. Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, se possibile, la loro importanza relativa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte (v., in tal senso, sentenze 25 aprile 1996 in causa n. C-87/94, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, I, p. 2043, punto 88, e 12 dicembre 2002 in causa n. C-470/99, *Universale-Bau e a.*, in *Raccolta*, I, p. 11617, punto 98).

25. Infine, spetta al giudice nazionale valutare, alla luce di tali norme e principi,

se nella causa principale la commissione aggiudicatrice abbia violato il diritto comunitario prevedendo una ponderazione dei vari subelementi del terzo criterio di aggiudicazione dell'appalto.

26. A tale proposito occorre in primo luogo verificare se, tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti della causa principale, la decisione che prevede tale ponderazione modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara.

27. Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

28. In secondo luogo, occorre valutare se tale decisione contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.

29. Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

30. In terzo luogo, occorre verificare se la commissione aggiudicatrice abbia adottato la decisione che prevede una ponderazione tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

31. Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

32. Pertanto, occorre risolvere le questioni pregiudiziali dichiarando che gli artt. 36 della direttiva n. 92/50 e 34 della direttiva n. 93/38 devono essere interpretati nel senso che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;

- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

(Omissis)

LA STAZIONE APPALTANTE DETERMINA I CRITERI PER LA SCELTA DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E LA COMMISSIONE GIUDICATRICE LI APPLICA

Sommario: *Premessa - 1. La causa principale - 2. Le questioni pregiudiziali - 3. La decisione della Corte - 4. Conclusioni.*

Premessa

Il diritto comunitario, al pari della normativa nazionale italiana, prevede due criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici: o il criterio del prezzo più basso, o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con la sentenza in data 24 novembre 2005, nel procedimento n. C-331/04, la Corte di giustizia ha affrontato con ampiezza e profondità il tema dei ruoli, da una parte, della stazione appaltante e, dall'altra, della commissione giudicatrice, nella determinazione dei criteri di aggiudicazione e nella loro applicazione.

La questione sollevata dal Consiglio di Stato italiano concerneva la possibilità di specificare o integrare tali criteri da parte della commissione.

La relativa domanda pregiudiziale riguardava l'interpretazione dell'art. 36 della direttiva n. 92/50/Cee, in materia di appalti pubblici di servizi, e dell'art. 34 della direttiva n. 94/38/Cee, in materia di appalti pubblici nei settori esclusi^{1 2}.

¹ A far data dal 30 aprile 2004 e dal 1° maggio 2004 sono rispettivamente entrate in vigore le direttive: 1. n. 2004/17/Ce, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, nella quale è stata rifiuta la direttiva n. 93/38/Cee; 2. n. 2004/18/Ce, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella quale è stata rifiuta, tra l'altro, la direttiva n. 92/50/Cee.

In data 31 gennaio 2006 è scaduto il termine per la loro trasposizione nell'ordinamento italiano.

Con decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, è stato emanato il «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce», che entrerà in vigore il 1° luglio 2006.

² Come riportato nel primo *considerando* in entrambe le direttive del 2004, la redazione delle stesse si è basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per gli enti aggiudicatori di soddisfare

La sentenza in commento si rivela preziosa guida anche per quanto concerne l'applicazione delle nuove direttive ed in particolare del Codice dei Contratti Pubblici, in vigore dal 1° luglio 2006.

Le piuttosto articolate questioni sollevate dal Consiglio di Stato corrispondono agli interrogativi che si pongono non solo i giuristi, ma anche gli operatori economici del settore.

1. La causa principale

La domanda pregiudiziale è stata formulata nell'ambito di un giudizio d'appello, in cui è stata impugnata una pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto.

La fattispecie trattata concerne l'aggiudicazione a seguito di licitazione privata di uno dei tre lotti di un appalto pubblico di trasporto di persone, relativo al servizio urbano della città di Mestre, per il periodo compreso tra il 16 giugno 2002 ed il 31 dicembre 2003.

Il disciplinare di gara, allegato alla lettera d'invito, con cui la stazione appaltante invitava i concorrenti a presentare offerta, indicava quattro criteri di aggiudicazione, in base ai quali doveva essere selezionata l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il terzo di tali criteri concerneva le «modalità organizzative e strutture di supporto utilizzate per l'esecuzione del servizio».

Per quanto riguarda detto criterio, il disciplinare di gara prevedeva che l'offerta dovesse comprendere, tra l'altro, una relazione descrittiva, contenente obbligatoriamente almeno le seguenti indicazioni:

- «depositi e/o aree per il parcheggio degli autobus, di proprietà o in disponibilità dell'impresa, nel territorio della Provincia di Venezia (...);
- modalità di controllo del servizio erogato e n. di addetti al controllo del servizio stesso;
- n. conducenti di linea e tipo patente posseduta;
- n. sedi di proprietà o in disponibilità dell'impresa (diverse dai depositi) nel territorio della Provincia di Venezia (...);
- n. addetti all'organizzazione dei turni del personale di guida».

Relativamente a tale criterio, il disciplinare indicava l'attribuzione di un punteggio massimo di ben 25 punti su 100, da assegnare dalla stazione appaltante «a suo insindacabile giudizio».

le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano agli enti aggiudicatori una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali del Trattato.

Dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e prima dell'apertura delle buste, la commissione giudicatrice «ponderava» i 25 punti che potevano essere complessivamente attribuiti per il terzo criterio, suddividendoli tra cinque sottocriteri, corrispondenti a ciascuna delle cinque indicazioni citate.

La commissione decideva così che i 25 punti di cui al terzo criterio sarebbero stati ripartiti nel modo seguente: 8, 7 e 6 punti, rispettivamente, per il primo, il secondo e il terzo sottocriterio e 2 punti ciascuno per il quarto e il quinto sottocriterio.

Dopo aver escluso una delle tre offerte presentate, la commissione giudicatrice ha effettuato la valutazione di quelle provenienti dalle ricorrenti nella causa principale e dall'ATI in seguito aggiudicataria.

Quest'ultima si è aggiudicata l'appalto con 86,53 punti, mentre le ricorrenti nella causa principale hanno ottenuto 83,50 punti.

Le ricorrenti nella causa principale hanno impugnato l'operato della commissione avanti il T.A.R. Veneto, sulla base di censure vertenti sugli artt. 24 e 36 della direttiva n. 92/50/CE.

Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso affermando che i criteri di aggiudicazione e gli elementi da prendere in considerazione erano comunque stati indicati nel disciplinare di gara.

Le ricorrenti hanno dunque proposto appello avverso tale pronuncia avanti il Consiglio di Stato, il quale ha deciso di sospendere il giudizio e di presentare alla Corte di giustizia domanda pregiudiziale concernente l'interpretazione dell'art. 36 della direttiva n. 92/50/Cee in materia di appalti di servizi³ e l'art. 34 della direttiva n. 93/38/Cee⁴ 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.

2. Le questioni pregiudiziali

Tre sono le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte.

1. Il Consiglio di Stato chiedeva innanzitutto se le norme in questione fossero da ritenersi norme elastiche o norme rigide.

Nel primo caso, si chiedeva se fosse legittimo interpretare tali disposizioni nel senso di consentire alla stazione appaltante di fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'onori, consentendo poi alla commissione giudicatrice di specificare o integrare gli stessi.

³ Direttiva oggi abrogata dall'art. 82 della direttiva n. 2004/18/Ce.

⁴ Direttiva oggi abrogata dall'art. 73 della direttiva n. 2004/17/Ce.

Nel secondo caso, si chiedeva se fosse legittimo interpretare tali disposizioni nel senso che le medesime impongano una determinazione analitica di tali criteri già nel bando o nel capitolato d'onori, e comunque prima della prequalificazione o della lettera d'invito, escludendo che la commissione di gara possa specificarli o integrando tali criteri, o costruendo sottovoci o sub punteggi.

2. In secondo luogo, se le norme fossero state da intendersi come elastiche, il Consiglio di Stato si chiedeva se una stazione appaltante potesse prevedere in relazione ad un criterio di aggiudicazione l'assegnazione di punti ad insindacabile giudizio della medesima, con riferimento ad una serie complessa di criteri di cui il bando non prevede la graduazione.

O se invece, le norme imponessero una tassatività di massima nella formulazione dei criteri, non compatibile con la mancata graduazione degli stessi.

E, ove la graduazione di tutti gli elementi non fosse da ritenersi obbligatoria, se possa ammettersi l'intervento integrativo della commissione in difetto di un espresso conferimento di poteri da parte del bando.

3. In terzo luogo, i magistrati italiani chiedevano se fosse comunque legittimo riconoscere in via generale alla commissione, ma solo «a fronte della complessità degli elementi da valutare», un potere di autolimitare la propria azione, specificando i parametri di applicazione dei criteri prefissati dal bando e se tale potere potesse essere esercitato costruendo sotto-voci, sub-punteggi, criteri più specifici di applicazione dei criteri indicati in via generale dal bando, «naturalmente sempre prima di procedere all'apertura delle buste».

La Corte ha ritenuto di compendiare le complesse richieste del Consiglio di Stato in un'unica questione, ovvero se una commissione giudicatrice possa attribuire un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti per il detto criterio.

3. La decisione della Corte

Rileva innanzitutto la Corte che «le disposizioni oggetto delle questioni pregiudiziali sono formulate in maniera sostanzialmente identica e devono essere interpretate allo stesso modo»⁵, per cui non si pronuncia circa quale delle due direttive sia applicabile nella causa principale.

Nel merito dei criteri di aggiudicazione, la Corte richiama i principi fondamentali della materia.

⁵ Sentenza del 17 settembre 2002 in causa n. C-13/99, *Concordia Bus Finland*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7213, punto 91.

I criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e devono rispettare, in particolare, i principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza⁶.

In particolare, il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa della normativa in materia di appalti pubblici⁷, principio che va rispettato sia quando i concorrenti preparano le loro offerte, sia nel momento in cui queste sono valutate⁸.

Tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nella *lex specialis* di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, facendo sì che gli operatori economici siano in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata⁹.

⁶ In tal senso, la Corte cita la sentenza del 17 settembre 2002 in causa n. C-513/99 *Concordia Bus Finland*, cit. *supra*, nota 5, punto 64.

«Da tali considerazioni risulta che l'amministrazione aggiudicatrice, quando decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, conformemente all'art. 36, n. 1, lett. a., della direttiva n. 92/50, può prendere in considerazione criteri relativi alla tutela dell'ambiente, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione».

Anche i primi *considerando* di entrambe le direttive n. 2004/18/Ce e n. 2004/17/Ce recepiscono testualmente tale giurisprudenza.

⁷ Sul punto, la Corte richiama la sentenza *Concordia Bus Finland* del 17 settembre 2002 in causa n. C-513/99, *loc. cit.*, punto 81.

«A questo proposito, si deve rilevare che l'obbligo del rispetto del principio della parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici, che mirano in particolare a favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nei settori rientranti nelle loro rispettive sfere di applicazione e che enunciano criteri di attribuzione dell'appalto miranti a garantire una siffatta concorrenza (v., in tal senso, sentenza del 22 giugno 1993 in causa n. C-243/89, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3353, punto 33)».

⁸ Circa tale aspetto, viene citata la sentenza del 18 ottobre 2001 in causa n. C-19/00, *SIAC Construction*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7725, punto 34.

«Più precisamente gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 25 aprile 1996 in causa n. C-87/94, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2043, punto 54)».

Ed ancora, nei *considerando* n. 46 della direttiva n. 2004/18/Ce e n. 55 della direttiva n. 2004/17/Ce, si afferma che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte.

⁹ Nella specie, la sentenza in commento rinvia alla sentenza *Concordia Bus Finland*, cit. *supra*, nota 5, punto 62. «Inoltre, occorre rilevare che l'applicazione dei criteri adottati per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della direttiva n. 92/50, in particolare delle sue disposizioni in materia di pubblicità. Ne consegue che, conformemente all'art. 36, n. 2, della direttiva, tutti i criteri di tale tipo devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata (v., in tal senso, quanto agli appalti di lavori pubblici, sentenze *Beentjes*, precitata, punti 31 e 36, nonché del 26 settembre 2000 in causa n. C-225/98, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, I, p. 7445, punto 51)».

Parimenti, tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, se possibile, la loro importanza relativa, vanno resi noti ai potenziali concorrenti sin dal momento in cui le offerte vengono preparate¹⁰.

Richiamati tali consolidati principi della giurisprudenza comunitaria, la Corte lascia al giudice nazionale il compito di valutare se nella causa principale la commissione giudicatrice abbia violato o meno il diritto comunitario.

Per fare questo, viene tracciato il seguente *iter* logico.

In primo luogo, andrà verificato se la decisione della commissione di ponderare i sub-elementi del criterio «modalità organizzative e strutture di supporto» abbia di fatto modificato i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara.

In secondo luogo, andrà valutato se tale decisione contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.

In terzo luogo, andrà accertato se la decisione della commissione giudicatrice di ponderare i sub-elementi abbia discriminato taluno dei concorrenti.

Alla luce di quanto sopra, la Corte sintetizza come segue la risposta alle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato.

Il diritto comunitario non osta a che una commissione giudicatrice attribuisca un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, a condizione che una tale decisione:

- non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
- non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;
- non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

4. Conclusioni

L'esame della sentenza *de qua*, raffrontata con le direttive n. 2004/17/Ce

In difetto di un'informazione completa sulle condizioni del procedimento di selezione, il minor grado di pubblicità potrebbe determinare una marginalizzazione di eventuali concorrenti, che, se fossero stati adeguatamente informati circa i requisiti ed i criteri di aggiudicazione e la loro rilevanza, avrebbero potuto decidere di partecipare alla selezione e non lo hanno fatto.

¹⁰ La Corte cita, in tal senso, le sentenze del 25 aprile 1996 in causa n. C-87/94, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2043, punto 88, e del 12 dicembre 2002 in causa n. C-470/99, *Universale-Bau e a.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11617, punto 98.

e n. 2004/18/Ce e con la normativa nazionale di prossima entrata in vigore, contenuta nel citato Codice dei Contratti Pubblici, consente di fare il punto sulla rilevante questione della determinazione dei criteri di valutazione negli appalti pubblici da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella sostanza, il supremo organo di giustizia amministrativa italiano ha inteso sottoporre al vaglio del giudice comunitario una serie di problematiche, che non raramente formano oggetto di ricorsi giurisdizionali.

Circa la prima questione pregiudiziale presentata, si ritiene che l'elasticità delle norme interpretate dipenda in gran parte dal confronto delle stesse con i principi fondamentali del Trattato e della giurisprudenza comunitaria.

Come testualmente previsto anche dalle direttive in materia, sembra potersi concludere che i criteri scelti e la loro ponderazione relativa debbano essere analiticamente indicati nella *lex specialis* di gara e che, solo ove la ponderazione venga ritenuta impossibile per ragioni dimostrabili, l'amministrazione aggiudicatrice possa non precisarne la ponderazione relativa, fermo restando l'obbligo di indicarli espressamente in ordine decrescente d'importanza.

Da ciò si evince che i criteri e la loro ponderazione relativa siano da considerarsi elementi essenziali della *lex specialis* di gara, e che, in quanto tali, essi debbano essere determinati espressamente ed analiticamente dalla stazione appaltante in modo da essere conosciuti nella loro integralità e da tutti i potenziali concorrenti alla selezione per l'aggiudicazione dell'appalto.

Circa la seconda questione, la Corte afferma testualmente al punto 21 della sentenza che «i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto» e «non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta».

Conseguentemente, si nutrono non trascurabili dubbi circa la legittimità della previsione del disciplinare di gara, di cui alla causa principale, di assegnare 25 punti su 100 «ad insindacabile giudizio» della stazione appaltante, relativamente al terzo criterio di aggiudicazione.

Circa la mancata graduazione della complessa serie di sub-elementi che il bando pare enunciare all'interno del citato criterio «modalità organizzative e di supporto», la sentenza *in primis* sembra avvalorare l'operato della commissione, ovvero la decisione di ponderare gli stessi prima dell'apertura delle buste, per poi subordinare la legittimità di tale operato ad una serie di stringenti condizioni, che nella sostanza lo disconoscono.

La ponderazione relativa dei sub-elementi di un criterio stabilito dal bando è infatti ammessa quando rispetti contemporaneamente le tre condizioni sottostanti:

1. non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;
2. non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della pre-

parazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

3. non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

Le suddette condizioni sembrano difficilmente dimostrabili, e comunque tutte facilmente contestabili.

In particolare, la dimostrazione del rispetto della seconda condizione appare assimilabile ad una *probatio diabolica*: nella fattispecie, ad esempio, è evidente che la conoscenza della ponderazione relativa ai sub-elementi del noto terzo criterio avrebbe inciso sulla relazione descrittiva presentata dai concorrenti in sede di offerta.

Ed infatti, conoscendo il maggior peso attribuito ai sub-elementi *a.* (i depositi e/o le aree per il parcheggio degli autobus), *b.* (le modalità di controllo del servizio erogato e il numero di addetti al controllo del servizio stesso), *c.* (il numero di conducenti di linea e il tipo di patente posseduta), rispetto ai sub-elementi *d.* ed *e.*, i concorrenti avrebbero modulato la richiesta relazione descrittiva valorizzando gli elementi della proposta ai quali la commissione attribuiva maggior punteggio, e quindi maggiore rilevanza.

I sub-elementi non si riferivano infatti tutti a dati già acquisiti, storicamente definiti, imm modificabili, ma erano parte di un progetto che i concorrenti erano chiamati a predisporre in vista dell'aggiudicazione di quell'appalto.

Circa la terza condizione, va da sé che la ponderazione dei sub-elementi effettuata dalla commissione, ha innegabilmente favorito i concorrenti che avevano più depositi o parcheggi per gli autobus (sub-elemento *a.*), il maggior numero di conducenti di linea (*c.*) e il maggior numero di sedi dell'impresa nella provincia di Venezia.

Se dunque un sub-elemento si riferisce ad un dato storico, imm modificabile, la ponderazione relativa fatta dalla commissione prima di aprire le buste, ma conoscendo già i concorrenti, non può che favorire indebitamente alcuni tra di essi.

Se, per contro, un sub-elemento si riferisce ad un dato progettuale, è innegabile che la conoscenza della rilevanza dello stesso prima di formulare l'offerta, avrebbe consentito ai concorrenti di redigere la propria proposta progettuale in modo più mirato e comunque più adeguato.

A parere di chi scrive, è dunque da ritenersi che molto rari siano gli interventi specificativi/integrativi dei criteri di aggiudicazione da parte della commissione giudicatrice che soddisfino tutte le condizioni formulate dalla Corte nella sentenza in commento, e siano quindi da ritenersi legittimi.

Circa la terza questione posta dal Consiglio di Stato, concernente la possibilità di riconoscere in via generale alla commissione un potere di autolimitare la propria azione specificando i parametri di valutazione, a fronte della complessità degli elementi da valutare, la Corte sostanzialmente nega tale possibilità.

Ove infatti sia consentito omettere la ponderazione relativa dei criteri di aggiudicazione, in quanto qualificata impossibile «per ragioni dimostrabili» da parte della stazione appaltante autrice del bando di gara, la commissione valuta le offerte nell'ambito della discrezionalità tecnica che la *lex specialis* le ha ritagliato.

Ne segue che, trattandosi di decisioni frutto dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica della commissione, le stesse rientrano nell'ambito di valutazioni non sindacabili dal giudice amministrativo, se non sotto il profilo della loro logicità e congruità, che pertanto non necessitano di essere motivate attraverso specificazioni o ponderazioni successive dei criteri previamente definiti¹¹.

Solo dunque, ove l'ente aggiudicatore possa dimostrare le ragioni per cui una ponderazione dei criteri debba ritenersi impossibile, esso potrà non precisare la ponderazione relativa a ciascun criterio, fermo restando l'obbligo di indicare espressamente i criteri di aggiudicazione scelti, definendo in ogni caso un ordine decrescente d'importanza degli stessi.

Anche qui, la condizione dell'impossibilità non sembra facile da dimostrare.

Il *considerando* n. 46 della direttiva n. 2004/18/Ce precisa che «le amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'indicazione della ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente motivati, che devono essere in grado di giustificare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto».

La sintesi migliore dell'orientamento espresso dalla Corte sembra trovarsi nel citato *considerando* n. 46 alla direttiva n. 2004/18/Ce: «al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva»; spetta alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri e la loro ponderazione *in tempo utile* «affinché gli offerenti ne siano a conoscenza *quando preparano le loro offerte*¹²».

L'art. 83 del Codice dei Contratti Pubblici nazionale sembra recepire adeguatamente tale orientamento.

In base al suo secondo comma, la regola generale è che i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi sono da indicarsi nel bando.

Se ciò non risulti possibile, per ragioni dimostrabili, il bando o il capitolato d'onori dovranno comunque precisare l'ordine decrescente d'importanza degli stessi (art. 83, terzo comma).

¹¹ Si veda in proposito il disposto degli artt. 55 della direttiva n. 2004/17/Ce e 53 della direttiva n. 2004/18/Ce.

¹² Corsivo aggiunto.

In ogni caso, è il bando a dover prevedere, se necessari, i sottocriteri ed i sub-pesi, o sub-punteggi.

Non è quindi prevista la possibilità per la commissione giudicatrice di introdurre sottocriteri o sub-punteggi; anzi, pare che la norma suddetta miri a scoraggiare ogni tentativo di intervento specificativo della *lex specialis* di gara da parte di tale organo.

Ed invero, ai sensi del quarto comma del suddetto art. 83, se la stazione appaltante non è in grado di stabilire i citati criteri, sottocriteri, sub-pesi o sub-punteggi tramite la propria organizzazione, essa provvede a nominare uno o più esperti già all'atto di indizione della gara, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno poi indicati nel bando di gara.

Ne consegue, pertanto, che il bando, atto con il quale viene data notizia all'insieme degli operatori economici dell'indizione della gara per l'affidamento dell'appalto, deve già precisare criteri di valutazione ed eventuali sottocriteri, punteggi e sub-punteggi relativi.

In questo modo, gli operatori che parteciperanno alla gara saranno tutti ugualmente informati e potranno presentare offerte complete e mirate, che la commissione giudicatrice potrà confrontare e valutare in maniera oggettiva.

Prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte presentate, è previsto infine che la commissione debba fissare in via generale i soli criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio o sottocriterio il punteggio tra il minimo e il massimo, già stabiliti in precedenza dal bando (art. 83, IV comma, Codice dei Contratti Pubblici).

E ciò a conferma del ruolo squisitamente "applicativo", e non "normativo", che la commissione giudicatrice è chiamata a svolgere: la stazione appaltante determina le regole nel bando, la commissione le applica.

Solo così si potrà aspirare allo sviluppo di una concorrenza effettiva nell'interesse di tutti, del cittadino e della pubblica amministrazione.

Patrizia Quaia

**OVERBOOKING: COMPENSAZIONE PECUNIARIA
ED ASSISTENZA AI PASSEGGERI IN CASO DI NEGATO IMBARCO,
CANCELLAZIONE DEL VOLO O RITARDO PROLUNGATO**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04*

The Queen, ex parte: International Air Transport Association, European Low Fares Airline Association c. Department for Transport

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 261/2004, artt. 5, 6, e 7 - Trasporto aereo - Compensazione pecuniaria ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato - Interpretazione dell'art. 234 CE - Giudizio sulla validità degli atti comunitari - Incompetenza dei giudici nazionali.

Un giudice avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, quando giudica che uno o più motivi di invalidità di un atto comunitario avanzati dalle parti o, se del caso, sollevati d'ufficio sono fondati, deve sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di un procedimento di rinvio pregiudiziale per un giudizio di validità.

L'esame delle questioni sottoposte non ha rivelato alcun elemento tale da pregiudicare la validità degli artt. 5, 6 e 7 del regolamento (Ce) del Parlamento europeo e del Consiglio 11 febbraio 2004, n. 261, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (Cee) n. 295/91.

* In argomento v. *infra*, p. 51 ss., il commento di MASSIMO FRAGOLA.

(*Omissis*) **In diritto**

Causa principale e questioni pregiudiziali

19. L'IATA è un'associazione che raggruppa 270 compagnie aeree, distribuite su 130 paesi e che trasportano il 98% dei passeggeri di voli di linea internazionali. L'ELFAA è un'associazione istituita di fatto nel gennaio 2004 che rappresenta gli interessi di 10 compagnie aeree a basso costo di 9 paesi europei. Queste due associazioni hanno proposto, dinanzi alla High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), due ricorsi contro il Ministero dei Trasporti, aventi per oggetto il controllo della legittimità («judicial review») delle norme di attuazione del regolamento n. 261/2004.

20. Ritenendo che gli argomenti delle ricorrenti nella causa principale non fossero privi di fondamento, la High Court of Justice ha deciso di sottoporre alla Corte le sette questioni dedotte dalle ricorrenti per contestare la validità del regolamento n. 261/2004. Poiché il Ministero dei Trasporti ha posto in dubbio l'opportunità del rinvio di sei di tali questioni, in quanto esse non solleverebbero, a suo giudizio, dubbi reali in merito alla validità del regolamento citato, la High Court of Justice ha espresso il desiderio di sapere quale criterio debba essere soddisfatto o quale limite debba essere superato perché occorra deferire alla Corte una questione relativa alla validità di un atto comunitario in forza dell'art. 234, secondo comma, CE. In tali circostanze la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), ha deciso di sospendere la decisione e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se l'art. 6 del regolamento n. 261/2004 sia invalido in quanto in contrasto con la (...) Convenzione di Montreal (...), in particolare con gli artt. 19, 22 e 29 della detta Convenzione, e se tale circostanza (insieme a qualsiasi altro elemento pertinente) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

2. Se l'emendamento dell'art. 5 del regolamento [n. 261/2004] nel corso dell'esame del progetto da parte del comitato di conciliazione sia stato effettuato in modo incompatibile con i requisiti di procedura previsti dall'art. 251 CE e, in caso affermativo, se l'art. 5 [di tale] regolamento sia invalido e, in caso affermativo, se tale circostanza (unitamente ad altri fattori determinanti) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

3. Se gli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 (o parte di essi) siano invalidi in quanto in contrasto con il principio della certezza del diritto e, in caso affermativo, se tale invalidità (unitamente ad altri fattori determinanti) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

4. Se gli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 (o parte di essi) siano invalidi, in quanto non sono sostenuti da alcuna adeguata motivazione, e, in caso affermativo, se tale invalidità (unitamente ad altri fattori determinanti) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

5. Se gli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 (o parte di essi) siano invalidi in quanto in contrasto con il principio di proporzionalità, che deve essere alla base di ogni atto comunitario e, in caso affermativo, se tale invalidità (unitamente ad altri fattori determinanti) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

6. Se gli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 (o parte di essi) siano invalidi in

quanto discriminano, in particolare, i membri della seconda organizzazione ricorrente in un modo arbitrario e non obiettivamente giustificato e, in caso affermativo, se tale invalidità (unitamente ad altri fattori determinanti) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

7. Se l'art. 7 del regolamento (o parte di esso) sia nullo o invalido in quanto l'imposizione di una responsabilità posta in forma di una cifra fissa in caso di cancellazione del volo per ragioni che non rientrano nelle limitazioni della responsabilità per circostanze eccezionali sia discriminatoria, non risponda ai criteri di proporzionalità alla base di ogni atto comunitario o non sia basata su un'adeguata motivazione e, in caso affermativo, se tale invalidità (insieme a qualsiasi altro elemento pertinente) infici la validità del regolamento nel suo complesso.

8. Qualora un giudice nazionale abbia autorizzato la proposizione di un ricorso dinanzi ad esso e sollevi questioni aventi ad oggetto la validità di disposizioni di un atto comunitario che considera sostenibili e non infondate, se vi siano principi di diritto comunitario implicanti presupposti o limiti che il giudice nazionale deve applicare nel decidere, ai sensi dell'art. 234, [secondo comma], CE, se sottoporre tali questioni di validità all'esame della Corte di giustizia».

21. Con ordinanza del presidente della Corte 24 settembre 2004, è stata respinta la domanda del giudice del rinvio mirante a sottoporre le presenti controversie al procedimento accelerato, previsto all'art. 104 bis, primo comma, del regolamento di procedura.

Sulle questioni pregiudiziali

Sull'ottava questione

22. Con la sua ottava questione, che occorre anzitutto esaminare, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 234, secondo comma, CE debba essere interpretato nel senso che un giudice nazionale è tenuto a sollevare dinanzi alla Corte una questione pregiudiziale per apprezzare la validità di un atto comunitario solo al di là di un certo grado di dubbio su tale validità.

Sulla ricevibilità

(Omissis)

Nel merito

27. Occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, i giudici nazionali non sono competenti ad accertare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie. Infatti, le competenze attribuite alla Corte dall'art. 234 CE hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Questa esigenza di uniformità è particolarmente imperiosa quando sia in discussione la validità di un atto comunitario. Divergenze fra i giudici degli Stati membri circa la validità degli atti comunitari potrebbero compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto (sentenze 22 ottobre 1987 in causa n. 314/85, *Foto-Frost*,

in *Raccolta*, p. 4199, punto 15; 15 aprile 1997 in causa n. C-27/95, *Bakers of Nailsea*, in *Raccolta*, I, p. 1847, punto 20, e 6 dicembre 2005 in causa n. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur*, in *Raccolta* [inedita n.d.r.], punto 21). La Corte è quindi la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario (sentenze 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, in *Raccolta*, I, p. 415, punto 17, e 21 marzo 2000 in causa n. C-6/99, *Greenpeace France e a.*, in *Raccolta*, I, p. 1651, punto 54).

28. A tale riguardo occorre osservare che l'art. 234 CE non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale. Non basta quindi che una parte sostenga che la controversia pone una questione di interpretazione del diritto comunitario perché il giudice interessato sia obbligato a ritenere configurabile una questione sollevata ai sensi dell'art. 234 CE (v., in tal senso, sentenza 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Cilfit e a.*, in *Raccolta*, p. 3415, punto 9). Da ciò discende che l'esistenza di una contestazione della validità di un atto comunitario dinanzi al giudice nazionale non basta, da sola, a giustificare il rinvio di una questione pregiudiziale alla Corte.

29. Per quanto riguarda i giudici avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, la Corte ha giudicato che essi possono esaminare la validità di un atto comunitario e, se ritengono infondati i motivi d'invalidità dedotti dalle parti dinanzi ad essi, disattendere questi motivi concludendo che l'atto è pienamente valido. Così facendo, infatti, essi non mettono in discussione l'esistenza dell'atto comunitario (sentenza *Foto-Frost*, *cit.*, punto 14).

30. Al contrario, qualora tali giudici considerino che uno o più motivi di invalidità avanzati dalle parti o, se del caso, sollevati d'ufficio (v., in tal senso, sentenza 16 giugno 1981 in causa n. 126/80, *Salonia*, in *Raccolta*, p. 1563, punto 7) sono fondati, essi devono sospendere la decisione e investire la Corte di un procedimento di rinvio pregiudiziale per un giudizio di validità.

31. D'altronde, lo spirito di cooperazione che deve caratterizzare il funzionamento del rinvio pregiudiziale implica che il giudice nazionale esponga nella sua decisione di rinvio i motivi per cui ritiene necessario tale rinvio.

32. Di conseguenza, occorre rispondere all'ottava questione che un giudice avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, quando giudica che uno o più motivi di invalidità di un atto comunitario avanzati dalle parti o, se del caso, sollevati d'ufficio sono fondati, deve sospendere la decisione e investire la Corte di un procedimento di rinvio pregiudiziale per un giudizio di validità.

Sulle altre questioni

33. Con le sue prime sette questioni, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 5, 6 e 7 del regolamento n. 261/2004 siano invalidi e se, in tal caso, la loro invalidità possa rendere invalido il regolamento nel suo complesso.

Sulla compatibilità dell'art. 6 del regolamento n. 261/2004 con la Convenzione di Montreal

34. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 6 del regolamento n. 261/2004 sia incompatibile con le disposizioni degli artt. 19, 22 e 29 della Convenzione di Montreal.

35. A titolo preliminare, occorre ricordare che, in forza dell'art. 300, n. 7, CE, «[g]li accordi conclusi alle condizioni indicate nel presente articolo sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri». Secondo la giurisprudenza della Corte, tali accordi prevalgono sui testi di diritto comunitario derivato (sentenze 10 settembre 1996 in causa n. C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, I, p. 3989, punto 52, e 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02, *Bellio F.lli*, in *Raccolta*, I, p. 3465, punto 33).

36. La Convenzione di Montreal, firmata dalla Comunità il 9 dicembre 1999 sulla base dell'art. 300, n. 2, CE, è stata approvata con decisione del Consiglio 5 aprile 2001 ed è entrata in vigore, per quanto riguarda la Comunità, il 28 giugno 2004. Ne consegue che, a partire da quest'ultima data, seconda una giurisprudenza costante, le disposizioni di tale Convenzione formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario (sentenze 30 aprile 1974 in causa n. 181/73, *Haegeman*, in *Raccolta*, p. 449, punto 5, e 30 settembre 1987 in causa 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, p. 3719, punto 7). Successivamente a questa data, il giudice del rinvio, con decisione 14 luglio 2004, ha indirizzato alla Corte la presente domanda di rinvio pregiudiziale, nell'ambito delle domande di «judicial review» di cui è stato investito.

37. L'art. 6 del regolamento n. 261/2004 dispone che, in caso di ritardo prolungato del volo, il vettore aereo operativo deve proporre l'assistenza e il supporto dei passeggeri interessati. Tale articolo non prevede che tale vettore possa liberarsi di tali obbligazioni in caso di circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

(*Omissis*)

41. Dal preambolo della Convenzione di Montreal risulta che gli Stati membri hanno riconosciuto «l'importanza di tutelare gli interessi degli utenti del trasporto aereo internazionale e la necessità di garantire un equo risarcimento secondo il principio di riparazione». Quindi è rispetto a tale obiettivo che deve essere valutata l'estensione che gli autori di tale Convenzione hanno voluto attribuire alle disposizioni degli artt. 19, 22 e 29.

42. Da tali disposizioni della Convenzione di Montreal, contenute nel suo capitolo III, intitolato «Responsabilità del vettore ed entità del risarcimento per danni», risulta che queste ultime stabiliscono le condizioni in presenza delle quali possono essere esperite azioni di risarcimento del danno nei confronti dei vettori aerei da parte dei passeggeri che asseriscono di aver subito un danno a causa di un ritardo. Esse limitano la responsabilità del vettore alla somma di 4 150 diritti speciali di prelievo per passeggero.

43. Occorre constatare che qualsiasi ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, in particolare se prolungato, può causare, in generale, due tipi di danni. Da un lato, un ritardo eccessivamente prolungato determina danni quasi identici per tutti i passeggeri, il cui risarcimento può assumere la forma di un'assistenza o di un supporto standardizzati e immediati a tutti gli interessati, attraverso la fornitura, ad esempio, di bevande, pasti, sistemazione in albergo e telefonate. Dall'altro, i passeggeri possono subire danni individuali, dovuti al motivo del loro spostamento, il cui risarcimento richiede una valutazione caso per caso dell'entità del danno causato e può, di conseguenza, essere oggetto solo di una compensazione a posteriori e su base individuale.

44. Orbene, risulta chiaramente dalle disposizioni degli artt. 19, 22 e 29 della Convenzione di Montreal che esse si limitano a disciplinare le condizioni in cui, successivamente al ritardo del volo, possono essere esperite, da parte dei passeggeri interessati, le azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni su base individuale, vale a dire una compensazione da parte dei vettori responsabili del danno risultante da tale ritardo.

(Omissis)

47. Le misure di assistenza e di supporto uniformi e immediate non ostano di per sé a che i passeggeri interessati, nel caso in cui lo stesso ritardo causerebbe loro anche danni che fanno sorgere un diritto a compensazione, possano comunque intentare le azioni di risarcimento dei detti danni alle condizioni previste dalla Convenzione di Montreal.

48. Tali misure, che migliorano la tutela degli interessi dei passeggeri e le condizioni in cui si applica nei loro confronti il principio di risarcimento non possono quindi essere considerate incompatibili con la Convenzione di Montreal.

Sulla validità dell'art. 5 del regolamento n. 261/2004 rispetto all'art. 251 CE

49. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, emendando l'art. 5 del progetto all'origine del regolamento n. 261/2004, come risultava dalla posizione comune (CE) 18 marzo 2003, n. 27 (*Guce* n. C 125 E, p. 63; in prosieguo: il «progetto di regolamento»), il comitato di conciliazione previsto all'art. 251 CE ha rispettato i requisiti procedurali che quest'ultima disposizione comporta.

(Omissis)

58. Ricorrendo al termine «conciliazione», gli autori del Trattato hanno voluto attribuire un effetto utile alla procedura prescelta e attribuire al comitato di conciliazione un ampio potere discrezionale. Adottando tali modalità di risoluzione del disaccordo, essi hanno precisamente cercato di ottenere che il ravvicinamento dei punti di vista del Parlamento e del Consiglio avvenga sulla base di un esame di tutti gli aspetti di tale disaccordo, e con l'attiva partecipazione della Commissione delle Comunità europee ai lavori del comitato di conciliazione, al quale spetta di prendere «tutte le iniziative necessarie per favorire un ravvicinamento fra le posizioni del Parlamento (...) e del Consiglio».

59. In quest'ottica, tenuto conto del potere di mediazione così attribuito alla Commissione e della libertà di cui in definitiva dispongono il Parlamento e il Consiglio di accogliere o meno il progetto comune adottato dal comitato di conciliazione, l'art. 251 CE non può essere letto come una limitazione, in linea di principio, del potere di tale comitato. La mera circostanza che, nella specie, l'art. 5 del progetto di regolamento non sia stato oggetto di un emendamento del Parlamento in seconda lettura non è idonea a dimostrare che tale comitato avrebbe ignorato l'estensione delle competenze che gli sono conferite dall'art. 251 CE.

(Omissis)

62. Occorre rilevare, alla luce degli atti della causa, che, nella specie, il disaccordo di cui si era occupato il comitato di conciliazione riguardava, in particolare, la

questione se i vettori aerei potessero o meno far valere la giustificazione delle circostanze eccezionali per sottrarsi ai loro obblighi di assistenza e di supporto dei passeggeri, previsti all'art 6 del progetto di regolamento, in caso di ritardo prolungato del volo. Il comitato di conciliazione è pervenuto ad un accordo nel senso che ogni riferimento alla giustificazione di circostanze eccezionali è stato soppresso all'art. 6 di tale progetto, per garantire ai passeggeri un supporto e un'assistenza immediati a prescindere dalla causa del ritardo del volo. Di conseguenza, il comitato ha parimenti deciso, per garantire un'impostazione coerente e simmetrica, di sopprimere, all'art. 5 di tale progetto, questo stesso riferimento per quanto riguarda gli obblighi di supporto dei passeggeri in caso di cancellazione del volo.

63. Pertanto, il comitato di conciliazione non ha oltrepassato i limiti delle competenze modificando l'art. 5 del progetto di regolamento.

Sull'obbligo di motivazione e sul rispetto del principio di certezza del diritto

64. Con la terza e la quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 siano invalidi in quanto non sarebbero conformi al principio di certezza del diritto o non soddisferebbero l'obbligo di motivazione. Con la settima questione, tale giudice si interroga altresì circa il rispetto di quest'ultimo obbligo da parte dell'art. 7 del detto regolamento.

65. Le ricorrenti nella causa principale affermano che il regolamento contestato comporta ambiguità, lacune e contraddizioni che ne compromettono la legittimità sia rispetto all'obbligo di motivazione sia rispetto al principio di certezza del diritto.

66. Occorre ricordare che, anche se la motivazione prescritta dall'art. 253 CE deve far apparire in maniera chiara e non equivoca l'*iter* logico seguito dall'istituzione da cui promana l'atto controverso, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e da permettere alla Corte di esercitare il proprio controllo, non si richiede tuttavia che la motivazione contenga tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti (v., in particolare, sentenza 29 febbraio 1996 in causa C-122/94, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 881, punto 29; 14 dicembre 2004 in causa n. C-210/03, *Swedish Match*, in *Raccolta*, I, p. 11893, punto 63, e 12 luglio 2005 in cause riunite n. C-154/04 e C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, in *Raccolta* [I, p. 6451 *n.d.r.*], punto 133).

67. Il rispetto dell'obbligo di motivazione deve, del resto, essere valutato non solo rispetto alla formulazione dell'atto, ma anche al suo contesto nonché al complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia di cui trattasi. Ove si tratti, come nella fattispecie, di un atto destinato ad un'applicazione generale, la motivazione può limitarsi ad indicare, da un lato, la situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e, dall'altro, gli obiettivi generali che esso si prefigge (v., ad esempio, sentenza 10 marzo 2005 in causa n. C-342/03, *Spagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 1975, punto 55). Se l'atto contestato fa emergere, per l'essenziale, lo scopo perseguito dall'istituzione, è superfluo esigere una motivazione specifica per ciascuna delle scelte tecniche da essa operate (v., in particolare, sentenze 5 luglio 2001 in causa n. C-100/99, *Italia c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, I, p. 5217, punto 64, e *Alliance for Natural Health e a.*, *cit.*, punto 134).

68. Per quanto riguarda il principio della certezza del diritto, esso costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale esige, segnatamente, che la

normativa sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza (v. sentenze 9 luglio 1981 in causa n. 169/80, *Gondrand Frères e Garancini*, in *Raccolta*, p. 1931; 13 febbraio 1996 in causa n. C-143/93, *Van Es Douane Agenten*, in *Raccolta*, I, p. 431, punto 27, e 14 aprile 2005 in causa n. C-110/03, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, I, p. 2801, punto 30).

69. Alla luce della giurisprudenza precedentemente citata, occorre anzitutto rilevare che le disposizioni degli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 fissano con precisione e in modo chiaro gli obblighi a carico del vettore aereo operativo in caso di cancellazione o di ritardo prolungato del volo. L'obiettivo di tali disposizioni risulta, altrettanto chiaramente, dal primo e secondo *considerando* di tale regolamento, secondo cui l'intervento della Comunità nel settore del trasporto aereo dovrebbe mirare, in particolare, a garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri e tenere in debita considerazione le esigenze in materia di protezione dei consumatori in generale, poiché la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di gravi disagi per i passeggeri.

70. Inoltre, il dodicesimo e il tredicesimo *considerando* dello stesso regolamento dispongono che i passeggeri il cui volo è cancellato debbano poter essere risarciti, in mancanza di tempestiva informazione sulla cancellazione del volo, debbano poter ottenere il rimborso del prezzo del biglietto o avere la possibilità di proseguire il viaggio con un volo alternativo in condizioni soddisfacenti, e debbano beneficiare di un'adeguata assistenza durante il periodo di attesa di un volo successivo. Il diciassettesimo *considerando* di tale regolamento prevede che i passeggeri il cui volo subisce un ritardo di durata definita debbano beneficiare di un'adeguata assistenza e debbano avere la possibilità di annullare il volo usufruendo del rimborso del prezzo del biglietto o di proseguirlo in condizioni soddisfacenti. Tali elementi fanno così emergere l'essenziale dell'obiettivo perseguito.

(*Omissis*)

Sul rispetto del principio di proporzionalità

78. Con la quinta e la settima questione, il giudice del rinvio chiede se le disposizioni di cui agli artt. 5, 6, e 7 del regolamento n. 261/2004 siano invalide per violazione del principio di proporzionalità.

79. Si deve ricordare che il principio di proporzionalità, che è parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, esige che gli strumenti adoperati da un'istituzione comunitaria siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo (v., segnatamente, sentenze 11 luglio 2002 in causa n. C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister*, in *Raccolta*, I, p. 6453, punto 59; 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, in *Raccolta*, I, p. 11453, punto 122, e *Swedish Match, cit.*, punto 47).

80. Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale delle condizioni citate al punto precedente, occorre riconoscere al legislatore comunitario un ampio potere discrezionale in settori che richiedono da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale, e rispetto ai quali esso è chiamato ad effettuare valutazioni complesse. Di

conseguenza, solo la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura [v., in tal senso, sentenze 12 novembre 1996 in causa n. C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 5755, punto 58; 13 maggio 1997 in causa n. C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, I, p. 2405, punti 55 e 56; 5 maggio 1998 in causa n. C-157/96, *National Farmers' Union e a.*, in *Raccolta*, I, p. 2211, punto 61, nonché *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, cit.*, punto 123]. Ciò accade, in particolare, in materia di politica comune dei trasporti (v., in tal senso, in particolare sentenze 17 luglio 1997 in cause riunite n. C-248/95 e C-249/95, *SAM Schiffahrt e Stapf*, in *Raccolta*, I, p. 4475, punto 23, e 12 marzo 2002 in cause riunite n. C-27/00 e C-122/00, *Omega Air e a.*, in *Raccolta*, I, p. 2569, punto 63).

(*Omissis*)

84. Occorre rilevare, in primo luogo, che le misure previste dagli artt. 5 e 6 del regolamento n. 261/2004 sono di per sé idonee a risarcire immediatamente taluni danni subiti dai detti passeggeri in caso di cancellazione o di ritardo prolungato del volo, e permettono così di garantire il livello elevato di tutela degli interessati, perseguito dal regolamento.

85. In secondo luogo, è pacifico che l'ampiezza delle diverse misure adottate dal legislatore comunitario varia in funzione dell'importanza dei danni subiti dai passeggeri, che è valutata in funzione sia della durata del ritardo e dell'attesa del volo successivo, sia del lasso di tempo trascorso prima che gli interessati fossero informati della cancellazione del volo. I criteri in tal modo applicati per stabilire il diritto dei passeggeri a beneficiare di tali misure non risultano quindi per nulla estranei al requisito della proporzionalità.

86. In terzo luogo, trattandosi delle misure di risarcimento uniformi e immediate come la prosecuzione del viaggio dei passeggeri con un volo alternativo o la fornitura di bevande, pasti, sistemazione in albergo o la messa a disposizione di mezzi di comunicazione con terzi, esse sono dirette a soddisfare i bisogni immediati, in loco, dei passeggeri, a prescindere dalla causa della cancellazione o del ritardo del volo. Poiché tali misure cambiano, come esposto al punto precedente della presente sentenza, a seconda dell'importanza dei danni subiti dai passeggeri, non risulta neppure che esse presenterebbero un carattere manifestamente inadeguato per il solo fatto che i vettori non possono avvalersi della giustificazione delle circostanze eccezionali.

87. In quarto luogo, non è accertato che la stipulazione di assicurazioni volontarie da parte dei passeggeri per coprire i rischi inerenti ai ritardi e alle cancellazioni dei voli, come auspicata dall'ELFAA, permetterebbe comunque di rimediare ai danni subiti *in loco* dagli interessati. Siffatta misura non potrebbe, quindi, essere considerata come maggiormente adeguata all'obiettivo perseguito di quelle che sono state adottate dal legislatore comunitario.

(*Omissis*)

Sul rispetto del principio dell'eguaglianza di trattamento

(*Omissis*)

CONVENZIONE DI MONTREAL E NORME COMUNITARIE SULL'«OVERBOOKING»: LA CORTE DI GIUSTIZIA RICONOSCE LA LEGITTIMITÀ DEI PRINCIPI "CHIAVE" DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Sommario: *Premessa - 1. Sulle questioni pregiudiziali relative alla presunta incompatibilità del regolamento con la Convenzione di Montreal - 2. Sul quesito relativo alla facoltà/obbligo dei giudici nazionali non di ultima istanza di rinviare gli atti alla Corte di giustizia per dichiarare la invalidità di un atto comunitario.*

La Corte di giustizia, rispondendo ai quesiti del giudice *a quo*, si è pronunciata, in via principale, sulla validità di talune norme contenute nel regolamento n. 261/2004 in materia di compensazioni dovute ai passeggeri a seguito di «*overbooking*» con riguardo alla Convenzione di Montreal¹ nonché, in via secondaria, sull'obbligo imposto ai giudici nazionali, avverso le cui sentenze è ancora possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di rinviare gli atti processuali alla Corte, qualora si tratti di dichiarare la invalidità di un atto comunitario (ribadendo, a questo proposito, il suo precedente punto di vista espresso nella c.d. «giurisprudenza *Foto-Frost*»). Ci soffermiamo sulle due questioni più importanti affrontate dalla Corte, giacché appaiono collegate ad interessanti aspetti di diritto comunitario.

Premessa

La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di giustizia dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, contiene otto quesiti che, rispettivamente, riguardano: *a.* la validità di specifiche norme contenute nel regolamento n. 261/2004, con riferimento alle disposizioni della «Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al tra-

¹ Il più tempestivo commento alla sentenza, a quanto consta, sarebbe di V. DI COMITE, *La tutela dei passeggeri in caso di cancellazione o ritardi dei voli aerei nel diritto comunitario*, in *Sud in Europa*, Dipartimento di Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università di Bari, gennaio-febbraio 2006, p. 10-11.

sporto aereo internazionale», conosciuta come «Convenzione di Montreal», approvata dal Consiglio dell'Unione europea il 5 aprile 2001 (quesiti da n. 1 a n. 7); *b.* la verifica della validità dell'interpretazione dell'art. 234 Trattato Ce precedentemente fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Foto-Frost* (quesito n. 8).

Con i primi sette quesiti si chiede, in sostanza, alla Corte di accertare se gli artt. 5, 6 e 7 del regolamento (Ce) del Parlamento europeo e del Consiglio 11 febbraio 2004, n. 261, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato², confliggano con la (precedente) Convenzione di Montreal³ che, com'è noto, disciplina, sul piano internazionale, taluni aspetti correlati alla materia considerata⁴.

Con il quesito n. 8, peraltro irrilevante per la soluzione della controversia, si chiede invece alla Corte di giustizia di riconsiderare la sua precedente giurisprudenza sull'art. 234 CE, secondo comma, che, come è noto, vieta ai giudici nazionali, non di ultimo grado, di pronunciare essi stessi l'invalidità di una norma comunitaria, imponendo loro di rinviare gli atti alla Corte di giustizia⁵.

² Sul quale mi permetto rinviare a M. FRAGOLA, *Prime note sul regolamento Ce n. 261/2004 che istituisce nuove norme comuni in materia di «overbooking» aereo*, in questa *Rivista*, 2005, p. 129 ss. Com'è noto siffatto regolamento entrato in vigore (soltanto) il 17 febbraio 2005, abroga il precedente regolamento (Cee) n. 295/91 che stabiliva norme minime comuni in materia di «overbooking».

³ Così da invalidare completamente o in parte il regolamento n. 261/2004.

⁴ L'art. 55 della Convenzione rubricato «Relazione con gli altri strumenti della convenzione di Varsavia» stabilisce che: «La presente convenzione prevale su ogni altra disposizione in materia di trasporto aereo internazionale: 1. tra gli Stati parti della presente convenzione che siano anche parti dei seguenti strumenti: *a.* la Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale firmata a Varsavia il 12 ottobre 1929 («Convenzione di Varsavia»); *b.* il Protocollo che modifica la Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale firmata a Varsavia il 12 ottobre 1929, adottato all'Aja il 28 settembre 1955 («Protocollo dell'Aja»); *c.* la Convenzione complementare alla Convenzione di Varsavia per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale effettuato da persona diversa dal vettore contrattuale, firmata a Guadalajara il 18 settembre 1961 («Convenzione di Guadalajara»); *d.* il Protocollo che modifica la Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale firmata a Varsavia il 12 ottobre 1929 così come modificata dal Protocollo adottato all'Aja il 28 settembre 1955, firmato a Città del Guatemala l'8 marzo 1971 («Protocollo di Città del Guatemala»); *e.* i Protocolli aggiuntivi dal n. 1 al n. 3 e il Protocollo n. 4 di Montreal che modificano la Convenzione di Varsavia così come modificata dal Protocollo dell'Aja o la Convenzione di Varsavia così come modificata sia dal Protocollo dell'Aja che dal Protocollo di Città del Guatemala firmati a Montreal il 25 settembre 1975 («Protocolli di Montreal»); oppure 2. all'interno dei territori di ogni singolo Stato parte della presente Convenzione che sia anche parte di uno o più degli strumenti elencati sopra alle lettere da *a.* a *e.*».

⁵ La giurisprudenza cui ci si riferisce nel testo è quella della già citata sentenza *Foto-Frost* da leggere in combinazione con la sentenza *Cilfit*, cfr. sentenza del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Cilfit*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415 e sentenza del 22 ottobre 1987 in causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Raccolta*, 1987, p. 4199. In questa *Rivista*, 1982, oltre al testo della sentenza *Cilfit*, sono state pubblicate per esteso le memorie e le arringhe di tutte le parti che hanno partecipato alla causa davanti alla Corte di giustizia. Per quanto riguarda la rilevanza di un quesito ai fini della soluzione di una determinata controversia, la Corte ha dichiarato in più occasioni di non poter statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale qualora, segnatamente, appaia in modo

Un ulteriore dubbio del giudice britannico, ugualmente non connesso alla soluzione della controversia, riguarda la procedura comunitaria di codecisione legislativa, e, in particolare, il ruolo e le competenze del Comitato di conciliazione che, com'è noto, è costituito per dirimere eventuali contrasti tra il Consiglio ed il Parlamento europeo, grazie alla mediazione della Commissione europea⁶.

La tempestività dell'azione legale, introdotta soltanto cinque mesi dopo l'entrata in vigore del regolamento contestato, dinanzi all'High Court, denota una rilevante insoddisfazione in relazione al contenuto del regolamento n. 261/2004 da parte dei ricorrenti, l'International Air Transport Association (IATA), l'European Low Fares Airline Association (ELFAA) e l'Hapag-Lloyd Express GmbH, i quali hanno presentato due ricorsi nei confronti del Department for Transport (Ministero dei Trasporti) del governo del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord, contro le norme britanniche di attuazione del regolamento n. 261/2004.

Tutto ciò è apparso ai ricorrenti necessario per la tutela dei propri diritti e interessi da essi ritenuti pregiudicati dalla normativa in questione.

Siffatto procedimento non deve sorprendere, giacché come avemmo modo di sottolineare durante la fase «ascendente» di negoziazione per l'approvazione dell'atto comunitario, le compagnie aeree predette hanno svolto un'intensa attività di «lobbying» che, evidentemente, non ha soddisfatto appieno le loro aspettative⁷. Da qui la necessità di percorrere la via giudiziaria per ottenere la corretta applicazione del regolamento, della Convenzione e delle rispettive norme nazionali di attuazione⁸.

Considerando ricevibili e non infondati gli argomenti delle compagnie ricorrenti, la High Court ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia i quesiti

manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale o qualora il problema sia di natura ipotetica. Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 2005 in cause riunite n. C-154/04 e n. C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6451; del 14 dicembre 2004 in causa n. C-434/02, *Arnold André GmbH*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11825; del 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01, *British American Tobacco*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11453, e del 12 marzo 2002 in cause riunite n. C-27/00 e n. C-122/00, *Omega Air*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2569.

⁶ Il Comitato di conciliazione rappresenta un importante *forum* di mediazione, che interviene in un momento delicato della predisposizione dell'atto comunitario, con l'obiettivo principale di salvare l'adozione dell'atto, nella prospettiva del prevalente interesse comunitario, contemperando tuttavia gli interessi contrastanti delle due istituzioni. Secondo L. FERRARI BRAVO - E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di Diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 3° ed., 2000, p. 124 il Comitato di conciliazione è un'«entità paritetica» tra Consiglio e Parlamento con l'obiettivo di ravvicinare le posizioni delle due istituzioni.

⁷ Si tenga conto che negli otto quesiti pregiudiziali emerge pure la forte controversia tra Parlamento e Consiglio in seno al Comitato di conciliazione previsto dall'art. 251 CE – che, a detta della IATA, avrebbe esorbitato dalle sue competenze (v. punto 20 della sentenza, seconda questione pregiudiziale) – in ordine agli emendamenti apportati all'art. 5 del regolamento (cfr. i punti 49-63 della sentenza).

⁸ M. FRAGOLA, *Prime note sul regolamento Ce n. 261/2004*, cit. *supra*, nota 2, p. 131-132.

proposti dai ricorrenti, per far accertare la validità del regolamento n. 261/2004.

Occorre pure menzionare che la Corte di giustizia, in data 24 settembre 2004, ha respinto la domanda del giudice del rinvio di sottoporre la causa a procedimento accelerato, come è previsto dal novello art. 104 *bis*, primo comma, del regolamento di procedura della Corte, «in via eccezionale» e in caso di «urgenza straordinaria»⁹.

1. Sulle questioni pregiudiziali relative alla presunta incompatibilità del regolamento con la Convenzione di Montreal

Il giudice britannico, con i primi sette quesiti pregiudiziali, chiede alla Corte di giustizia di verificare la compatibilità degli artt. 5, 6 e 7 del regolamento con gli artt. 19, 22 e 29 della anteriore Convenzione di Montreal.

Alcune osservazioni preliminari sembrano utili per una miglior comprensione degli argomenti in prosieguo svolti.

Giova ricordare che la Convenzione di Montreal, firmata dalla Comunità il 9 dicembre 1999, avente come base giuridica l'art. 300, par. 2, del Trattato Ce, è stata successivamente approvata con decisione del Consiglio il 5 aprile 2001 ed è entrata in vigore, per quanto riguarda la Comunità, il 28 giugno 2004.

Ne consegue che, a partire da quest'ultima data, secondo una giurisprudenza costante, le disposizioni di tale Convenzione formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario¹⁰ e prevalgono, in caso di contrasto, nei confronti del diritto comunitario derivato¹¹. Inoltre, occorre ricordare che gli artt. 19, 22 e 29 della Convenzione di Montreal, come l'intera Convenzione, costituiscono parametro di riferimento per la validità degli atti comunitari, di cui la Corte controlla la legittimità.

A tal riguardo, per ciò che concerne l'interpretazione delle norme contenute nella Convenzione, occorre precisare che un trattato internazionale deve essere interpretato non soltanto in base al significato letterale delle sue norme,

⁹ Così come puntualmente si evince dal punto 21 della sentenza. L'ordinanza è pubblicata in <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettex.pl>.

¹⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 30 aprile 1974 in causa n. 181/73, *Haegeman*, in *Raccolta*, 1974, p. 449, punto 5 e del 30 settembre 1987 in causa 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, p. 3719, punto 7.

¹¹ Sentenze della Corte di giustizia del 10 settembre 1996 in causa n. C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3989, punto 52 e del 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02, *Bellio*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3465, punto 33. L'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue conclusioni presentate l'8 settembre 2005 nel punto 32 afferma «La Convenzione di Montreal è un accordo internazionale e, in quanto tale, è vincolante per le parti e dev'essere applicata secondo buona fede. Pertanto, anche quando la Comunità non ha ancora formalmente depositato l'atto di ratifica, le istituzioni comunitarie non possono agire in violazione di accordi internazionali».

ma anche, e soprattutto, alla luce dei suoi obiettivi¹².

Appare utile altresì sottolineare che le istituzioni comunitarie coinvolte nella firma e approvazione della Convenzione, Commissione, Consiglio e Parlamento, non hanno ritenuto di attivare, ai sensi dell'art. 300, par. 6 del Trattato Ce, la procedura preventiva di parere consultivo della Corte di giustizia, al fine di far verificare la compatibilità dell'accordo internazionale con il trattato istitutivo, ritenendo quindi la convenzione compatibile con il precedente regolamento comunitario sull'*overbooking* e con gli altri atti comunitari in materia di trasporto aereo¹³.

È da ricordare, infine, che il Regno Unito ha ratificato la Convenzione il 29 aprile 2004 che è entrata in vigore il 28 giugno 2004¹⁴.

Ciò premesso, possiamo ora analizzare le norme coinvolte.

L'art. 5 del regolamento n. 261/2004 disciplina la fattispecie della cancellazione del volo¹⁵, mentre l'art. 6 concerne il caso del «ritardo» del volo rispetto all'orario previsto per la partenza¹⁶. Per quanto riguarda la Convenzio-

¹² Gli artt. 31 delle Convenzioni di Vienna 23 maggio 1969, sul diritto dei trattati, e 21 marzo 1986, sul diritto dei trattati tra Stati ed organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, che costituiscono, in tal senso, un'espressione del diritto internazionale consuetudinario, precisano, a questo proposito, che un trattato dev'essere interpretato in buona fede, secondo il senso comune da attribuire ai suoi termini nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Cfr. in tal senso, sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2001 in causa n. C-268/99, *Jany*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8615, punto 35.

¹³ Dal che si evince che nemmeno gli Stati membri, legittimati anch'essi a chiedere il parere alla Corte di giustizia, ai sensi della prima frase del par. 6 dell'art. 300, hanno ritenuto opportuno richiedere l'intervento consultivo della Corte di giustizia, considerando quindi le norme convenzionali in linea con il diritto comunitario.

¹⁴ Cfr. Treaty Series n. 44 (2004), London, Crown, 2004.

¹⁵ L'art. 5 del regolamento n. 261/2004, rubricato «Cancellazione del volo», così recita: «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».

¹⁶ Art. 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

ne, l'ipotesi del ritardo è disciplinata dall'art. 19, mentre l'art. 22 attiene alle «limitazioni della responsabilità» del vettore in caso di ritardo¹⁷. Per converso, nell'art. 29 è codificato il fondamento del risarcimento del danno ed i «limiti della pretesa risarcitoria»¹⁸. L'art. 19 della Convenzione, riferendosi più specificamente alla norma che corrisponde a quella del regolamento contestato, sancisce che: «Il vettore è responsabile del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci. Tuttavia il vettore non è responsabile per i danni da ritardo se dimostri che egli stesso e i propri dipendenti e preposti hanno adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle».

Ad un primo approccio, non pare che le norme considerate siano tra loro in contrasto, bensì appaiono complementari, giacché disciplinano diversi profili (e in diversi ambiti) della medesima situazione. Le misure del regolamento, infatti, sono dirette, negli obiettivi del legislatore comunitario, ad alleviare *immediatamente* in aeroporto i disagi dovuti al negato imbarco ed alla cancellazione del volo e, di conseguenza, a fungere da deterrente, regolamentando l'assistenza ed il supporto logistico ai passeggeri e quantificando le compensazioni pecuniarie che il vettore aereo è tenuto a corrispondere.

Le norme convenzionali, a loro volta, disciplinano, per una fase successiva, la fattispecie ben distinta del risarcimento del danno provocato dalle disfunzioni del sistema, correlato all'inadempimento contrattuale. Per meglio

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».

¹⁷ Art. 22 «Limitazioni di responsabilità per ritardo, per il bagaglio e per le merci»: «1. Nel trasporto di persone, in caso di danno da ritardo, così come specificato all'art. 19, la responsabilità del vettore è limitata alla somma di 4150 diritti speciali di prelievo per passeggero. (...) 5. Le disposizioni dei par. 1 e 2 non si applicano qualora venga dimostrato che il danno deriva da un atto o omissione del vettore, dei suoi dipendenti o incaricati, compiuto con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che probabilmente ne deriverà un danno, sempreché, nel caso di atto o omissione di dipendenti o incaricati, venga anche fornita la prova che costoro hanno agito nell'esercizio delle loro funzioni. 6. I limiti previsti dall'art. 21 e dal presente articolo non ostano alla facoltà del tribunale di riconoscere all'attore, in conformità del proprio ordinamento interno, un'ulteriore somma corrispondente in tutto o in parte alle spese processuali e agli altri oneri da questi sostenuti in relazione alla controversia, maggiorate degli interessi. La disposizione precedente non si applica quando l'ammontare del risarcimento accordato, escluse le spese processuali e gli altri oneri relativi alla controversia, non supera la somma che il vettore ha offerto per iscritto all'attore entro sei mesi dalla data in cui si è verificato l'evento che ha provocato il danno, o prima della presentazione della domanda giudiziale, qualora questa sia successiva».

¹⁸ Art. 29 «Fondamento della richiesta risarcitoria»: «Nel trasporto di passeggeri, bagaglio e merci, ogni azione di risarcimento per danni promossa a qualsiasi titolo in base alla presente convenzione o in base a un contratto o ad atto illecito o per qualsiasi altra causa, può essere esercitata unicamente alle condizioni e nei limiti di responsabilità previsti dalla presente convenzione, fatta salva la determinazione delle persone legittimate ad agire e dei loro rispettivi diritti. Tale azione non dà luogo ad alcuna riparazione a titolo punitivo, esemplare o comunque non risarcitorio».

specificare, il regolamento comunitario individua, *a monte*, taluni strumenti per alleviare i disagi sopportati dai passeggeri *in loco*, in aerostazione, quantificando pure l'entità della misura compensativa¹⁹; la Convenzione invece, *a valle*, in una fase successiva, dopo il rientro del passeggero nella propria residenza abituale, stabilisce le condizioni per le azioni legali di risarcimento del danno subito.

Una misura, pertanto, non esclude l'altra, giacché le stesse sono invocabili ed applicabili su due piani e momenti differenti.

La stessa Corte di giustizia ha affermato che la Convenzione non poteva impedire l'intervento del legislatore comunitario volto a fissare, nell'ambito delle competenze attribuite alla Comunità in materia di trasporti e di tutela dei consumatori, le condizioni in presenza delle quali occorreva risarcire i danni collegati ai disagi sopportati dai viaggiatori.

Poiché l'assistenza e il sostegno ai passeggeri previsti all'art. 6 del regolamento n. 261/2004, in caso di ritardo prolungato del volo, costituiscono misure di *reintegrazione* uniformi e immediate, esse non rientrano tra quelle per le quali la Convenzione fissa le condizioni di esercizio. Le misure di assistenza e di supporto uniformi e immediate non ostano però a che i passeggeri interessati, nel caso in cui lo stesso ritardo fosse anche causa di danni suscettibili di ristoro, arrivino ad intentare le azioni di risarcimento per i danni predetti alle condizioni previste dalla Convenzione di Montreal.

La Corte, pertanto, conclude affermando che le norme del regolamento, «che migliorano la tutela degli interessi dei passeggeri e le condizioni in cui si applica nei loro confronti il principio di risarcimento, non possono quindi essere considerate incompatibili con la Convenzione di Montreal»²⁰.

¹⁹ Art. 7 rubricato «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 1500km; 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».

²⁰ Punti 46, 47 e 48 della sentenza.

2. Sul quesito relativo all'obbligo dei giudici nazionali non di ultima istanza di rinviare gli atti alla Corte di giustizia quando intendono dichiarare la invalidità di un atto comunitario

Come già accennato, l'ottavo quesito pregiudiziale esula dal merito della questione della compatibilità tra norme convenzionali internazionali e norme regolamentari comunitarie e solleva una importante questione di diritto comunitario.

Il giudice del rinvio chiede precisazioni sul criterio da applicare per stabilire se una determinata questione, concernente la validità di una misura legislativa comunitaria, vada sottoposta al giudizio della Corte²¹. Il giudice, più precisamente, chiede alla Corte di riconsiderare la validità dei principi scaturiti dalla già richiamata «giurisprudenza *Foto-Frost*» che, come già ricordato, ha imposto ai giudici nazionali, non di ultima istanza, l'obbligo del rinvio alla Corte di giustizia in base all'art. 234 del Trattato Ce nel caso in cui venga in rilievo l'invalidità di un atto comunitario.

La questione appare *prima facie* strumentale e non rilevante per la decisione della causa, giacché la risposta della Corte non avrebbe potuto essere di utilità per la soluzione della controversia. Ciò perché il giudice del rinvio aveva già chiesto con gli altri quesiti l'intervento della Corte sulla validità delle norme comunitarie in questione, sicché l'aggiunta della nuova questione, appare piuttosto un tentativo per indurre la Corte a ripensare la propria giurisprudenza²².

Secondo l'Avvocato Generale Geelhoed, che sembra sollecitare un riesame della giurisprudenza precedente, potrebbero presentarsi casi eccezionali in cui sarebbe utile aiutare il giudice nazionale a decidere se e in quali circostanze si possano (o si debbano) sottoporre questioni alla Corte²³. Le sue conclusioni sono quindi favorevoli ad una rilettura dell'art. 234, secondo comma del Trattato Ce, nel senso di consentire una maggiore discrezionalità ai giudici nazionali nel decidere o meno di rinviare gli atti processuali alla Corte, pur considerando sostanzialmente validi i principi generali contenuti nelle sentenze *Cilfit* e *Foto-Frost*²⁴.

²¹ Com'è noto, la Corte ha dichiarato di non poter statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale, qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria o il giudizio sulla sua validità sollecitati da tale giudice, non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, ovvero qualora il problema sia di natura ipotetica (sentenze *Cilfit* e *Foto-Frost*, già richiamate *supra*, nota 4).

²² Anche secondo il Parlamento europeo tale questione doveva essere considerata irricevibile, in quanto il giudice nazionale aveva già deciso di sottoporre alla Corte alcune questioni relative alla validità del regolamento. A suo parere, la soluzione della questione non avrebbe avuto alcuna incidenza sulla decisione del giudice nazionale né sull'esito della controversia (punto 148 delle conclusioni dell'Avvocato Generale).

²³ Punto 150 delle conclusioni.

²⁴ «Nell'ambito della cooperazione giudiziaria istituita dall'art. 234 CE spetta al giudice nazionale valutare l'esigenza di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, tenendo conto, se del

La tesi dell'Avvocato Generale non è stata accolta dalla Corte di giustizia.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia²⁵, i giudici nazionali non sono competenti ad accertare l'invalidità degli atti delle Istituzioni comunitarie in quanto le competenze attribuite alla Corte dall'art. 234 CE hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali.

Questa esigenza di uniformità è «particolarmente imperiosa»²⁶ allorquando viene in discussione la validità di un atto comunitario suscettibile di valutazione diversa da parte dei giudici degli Stati membri, dato che decisioni differenti sulla validità di un atto potrebbero compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto.

Dal che la Corte ne deduce che essa è (e rimane) la sola istituzione giurisdizionale competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario²⁷.

La scelta della Corte di giustizia di mantenere il controllo «centralizzato» sulla valutazione della conformità degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie con i trattati e con i principi dell'ordinamento dell'Unione europea può essere sostanzialmente condivisa.

Non sembra infatti che i giudici nazionali abbiano assimilato il diritto comunitario e il diritto dell'Unione, in misura tale da fornire solide garanzie sulla capacità di pronunciarsi sulla validità di una norma comunitaria.

Sebbene la Commissione europea si sforzi da anni di fornire strumenti adeguati per l'organizzazione di corsi specifici di formazione giuridica in materia di diritto comunitario per gli operatori nazionali del diritto²⁸, i risultati raggiunti non sono sufficienti. E se progressi sono riscontrabili in alcuni degli Stati membri fondatori della Comunità europea, lo stesso non può certo dirsi per i dieci nuovi Stati membri entrati a pieno titolo nell'Unione nel 2004, all'interno dei quali, comprensibilmente, la conoscenza del diritto e dei meccanismi comunitari appare ancora scarsa e limitata²⁹.

È vero che il mantenimento del controllo in via esclusiva a favore della Corte di giustizia potrebbe aumentare il carico di lavoro di quest'ultima, ma

caso, dei principi stabiliti dalla Corte con le sentenze *Cilfit* e *Foto-Frost*» (conclusioni finali).

²⁵ Da ultimo sentenze del 15 aprile 1997 in causa n. C-27/95, *Bakers of Nailsea*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1847, punto 20 e del 6 dicembre 2005 in causa n. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expéditeur*, in *Raccolta*, 2005, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 21).

²⁶ Punto 27 della sentenza.

²⁷ Cfr. sul punto le sentenze del 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 415, punto 17 e del 21 marzo 2000 in causa n. C-6/99, *Greenpeace France e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1651, punto 54.

²⁸ Si pensi alle azioni comunitarie Schuman, Grotius, ecc.

²⁹ Vedi sul punto, la Relazione annuale (2005) della Corte di giustizia in <http://curia.eu.int/it/instit/presentationfr/rapport/pei/cj2005.pdf>.

tale aumento del carico di lavoro può essere compensato da snellimenti apportati in altro modo³⁰ e da modifiche introdotte con riferimento ad altre procedure come l'estensione della competenza pregiudiziale al Tribunale di primo grado³¹.

Detto questo, occorre però in ogni caso riconoscere che sicuramente i giudici nazionali hanno finora svolto un ruolo fondamentale per lo sviluppo del diritto comunitario, conquistandosi l'appellativo di «giudici comunitari decentrati»³². Essi infatti, sul piano nazionale, nella «patologia dei rapporti giuridici»³³ disciplinati direttamente o indirettamente dal diritto comunitario, assicurano «in prima battuta» l'applicazione della normativa comunitaria; in particolare possono interpretarla – evidenziando così una certa discrezionalità – e possono altresì dichiarare l'atto comunitario validamente adottato. Tutto ciò è stato possibile proprio perché la funzione del giudice nazionale si integra con l'attività della Corte di giustizia, che rimane l'istituzione giurisdizionale posta dal trattato a garanzia dell'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali.

Pertanto, in un momento nel quale iniziative venute di nazionalismo vengono sempre più frequentemente intraprese dai governi di alcuni Stati membri, specie di quelli con tradizioni giuridiche non del tutto omogenee, può essere opportuno mantenere l'intervento centralizzato della Corte di giustizia, per garantire continuità nell'indirizzo giurisprudenziale e omogeneità nel sistema giurisdizionale, così da assicurare i nuovi Stati membri che le norme comunitarie sono applicate in tutti gli Stati allo stesso modo e secondo modalità uniformi.

Massimo Fragola

³⁰ In questi termini di snellimento, ma anche per uno sviluppo del sistema giurisdizionale comunitario v. M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1-2. Parla di vero e proprio sistema giurisdizionale comunitario R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 104; cfr. da ultimo, sull'istituzione delle cc.dd. «camere giurisdizionali specializzate», M. BORRACCETTI, *Le Camere giurisdizionali nel sistema giudiziario dell'Unione europea: il Tribunale della Funzione pubblica*, in questa *Rivista*, 2005, p. 525 ss. Un sistema giudiziario che da un lato si arricchisce di nuovi organi ampliando le garanzie di tutela per le persone ma che, d'altro canto, costituisce pur sempre un «appesantimento» delle procedure e un coacervo di competenze e limiti (in argomento, R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 769 ss.).

³¹ Con riguardo al rinvio pregiudiziale parla di «erosione dell'ultimo baluardo di competenze riservate alla Corte» R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze, tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, cit. supra, nota 28, p. 769.

³² Parla di giudice comune o giudice naturale del diritto comunitario G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4a ed., Padova, Cedam, 2005, p. 286.

³³ Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 30, p. 286.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

RESPONSABILITÀ DELLA BANCA IN TEMA DI TUTELA DEI CONSUMATORI NELLE OPERAZIONI DI INVESTIMENTO FINANZIATE CON UN CONTRATTO DI MUTUO IPOTECARIO NEL CONTESTO DI UN'OPERAZIONE DI VENDITA A DOMICILIO

Corte di giustizia

Sentenza del 25 ottobre 2005 in causa n. C-350/03

Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Direttiva del Consiglio del 20 dicembre 1985, n. 85/577/Cee - Vendita a domicilio - Acquisto di un bene immobile - Operazione di investimento finanziata con un contratto di mutuo ipotecario - Operazione finanziaria globale comprendente un contratto di mutuo fondiario e un contratto di compravendita immobiliare - Esclusione - Recesso dal contratto di credito - Incidenza sul contratto di vendita - Esclusione - Controversie tra investitori immobiliari e banche - Conseguenze.

L'art. 3, n. 2, lett. a., della direttiva del Consiglio del 20 dicembre 1985, n. 85/577/Cee, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali deve essere interpretato nel senso che esso esclude dalla sfera di applicazione della direttiva medesima i contratti di compravendita immobiliari, ancorché essi siano mera parte integrante di un

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

*investimento finanziario il cui finanziamento sia garantito mediante mutuo e le cui trattative precontrattuali, tanto in relazione al contratto di vendita dell'immobile, quanto al contratto di mutuo diretto esclusivamente al finanziamento, vengano svolte nel contesto di un'operazione di vendita a domicilio*¹.

*La direttiva n. 85/577/Cee non osta a norme nazionali che prevedano, quale unica conseguenza del recesso dal contratto di mutuo, l'annullamento del contratto stesso, anche ove si tratti di investimenti finanziari in cui il mutuo non sarebbe stato concesso senza l'acquisto dell'immobile*².

La direttiva n. 85/577/Cee non osta a che:

- il consumatore che abbia esercitato il proprio diritto di recesso conformemente alla direttiva medesima sia obbligato a restituire l'importo del mutuo all'istituto mutuante, anche qualora il mutuo, in base al metodo applicato all'investimento finanziario, sia diretto esclusivamente al finanziamento dell'acquisto dell'immobile e venga versato direttamente al venditore dell'immobile medesimo;

- l'importo del mutuo debba essere versato immediatamente;

- una normativa nazionale preveda l'obbligo per il consumatore, nell'ipotesi di recesso da un contratto di mutuo ipotecario, non solo di restituire gli importi percepiti in base al detto contratto, ma anche di versare al mutuante gli interessi al tasso di mercato.

*Tuttavia, in una fattispecie nella quale, se la banca avesse adempiuto l'obbligo di informare il consumatore in merito al suo diritto di recesso, questi avrebbe potuto evitare di esporsi ai rischi inerenti ad investimenti come quelli oggetto della causa principale, l'art. 4 della direttiva n. 85/577/Cee fa obbligo agli Stati membri di garantire che le loro rispettive normative tutelino i consumatori che non abbiano potuto evitare di esporsi a tali rischi, adottando provvedimenti tali da evitare che essi si trovino esposti alle conseguenze della realizzazione dei rischi medesimi*³.

¹⁻³ La direttiva del Consiglio del 20 dicembre 1985, n. 85/577/Cee, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (in *Guce* n. L 372 del 1985, p. 31) mira a garantire ai consumatori degli Stati membri una tutela minima nell'ambito della vendita a domicilio. L'art. 1, n. 1, della direttiva prevede che essa si applichi ai contratti stipulati tra un commerciante e un consumatore durante un'escursione organizzata dal commerciante al di fuori dei propri locali commerciali, o durante una visita del commerciante al domicilio del consumatore o sul posto di lavoro del medesimo, qualora la visita non abbia luogo su espressa richiesta del consumatore stesso. Per contro, la direttiva non si applica, ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. a., «ai contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e ai contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili».

La questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva, sopra citata, è stata sottoposta alla Corte di giustizia nell'ambito di una controversia tra i coniugi Schulte e la Deutsche Bausparkasse Badenia AG con riguardo alle conseguenze del recesso, in forza della normativa nazionale applicabile in materia di vendita a domicilio, dal contratto di mutuo ipotecario sottoscritto dai coniugi Schulte presso la banca.

I coniugi Schulte venivano contattati dalla società Heinen & Biege GmbH avente come oggetto sociale l'intermediazione di servizi immobiliari e finanziari che proponeva loro un investimento finanziario volto all'acquisto di un immobile finanziato tramite mutuo. L'ap-

partamento doveva essere utilizzato da terzi e, per ragioni fiscali, l'acquisto doveva essere interamente finanziato dal mutuo. I coniugi acquistavano un appartamento e sottoscrivevano presso la banca un mutuo garantito da ipoteca. I coniugi Schulte, peraltro, si impegnavano a concludere con la banca due contratti di risparmio edilizio, ciascuno relativo alla metà dell'importo del mutuo. Poiché i coniugi Schulte venivano meno ai loro obblighi di pagamento mensile previsti dal contratto di mutuo, la banca procedeva alla risoluzione del contratto, chiedendo il rimborso immediato. I coniugi recedevano dal contratto di mutuo e introducevano, dinanzi al Landgericht Bochum, un'azione di opposizione avverso l'esecuzione forzata, nel frattempo avviata nei loro confronti.

I ricorrenti sostenevano la responsabilità della banca nell'operazione di vendita realizzata a domicilio in quanto questa collaborava da anni con la società di intermediazione finanziaria: l'investimento consisteva nella definizione di due contratti, un contratto di acquisto di un bene immobile concluso con la società immobiliare e un contratto di mutuo concluso con la banca.

L'organo giurisdizionale adito si è rivolto alla Corte di giustizia affinché questa chiarisse innanzitutto se il contratto di mutuo di cui si tratta nella causa principale debba intendersi concluso nell'ambito di una fattispecie di vendita a domicilio, in considerazione del fatto che gli investimenti erano stati proposti ai consumatori durante una visita al loro domicilio.

Al riguardo la Corte ha precisato prima di tutto che la direttiva esclude espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di compravendita immobiliari: le conseguenze della revoca di un contratto di mutuo ipotecario, operata conformemente alle norme della direttiva, sul contratto di acquisto del bene immobile finanziato dal mutuo e sulla costituzione dell'ipoteca devono essere disciplinate dal diritto nazionale (con riferimento al contratto di multiproprietà concluso a domicilio, cfr. sentenza del 22 aprile 1999 in causa n. C-423/97, *Travel Vac*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2195).

Ne consegue che sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva i contratti di compravendita immobiliare, anche se parte integrante di un investimento finanziario garantito da ipoteca, le cui trattative precontrattuali sono svolte in un'operazione di vendita a domicilio.

Sull'incidenza del recesso sul contratto di mutuo la Corte ha osservato come, qualora il mutuo sia diretto esclusivamente al finanziamento dell'immobile e venga versato direttamente al venditore dell'immobile stesso, la direttiva non impedisce che il consumatore sia obbligato a restituire l'importo del mutuo.

Inoltre, nell'ipotesi di recesso dal contratto di mutuo ipotecario, la direttiva non impedisce, da un lato, che il consumatore sia obbligato a restituire immediatamente alla banca l'importo mutuato e, dall'altro lato, che la normativa nazionale preveda l'obbligo per il consumatore, non solo di restituire gli importi percepiti in base a tale contratto, ma anche di versare al mutuante gli interessi al tasso di mercato.

Infine, sugli obblighi che derivano dalla direttiva n. 85/577/Cee nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di informare il consumatore del proprio diritto di recesso, la Corte di giustizia ha precisato che è compito degli Stati membri prevedere misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora non venga fornita l'informazione relativa al diritto di recesso.

Nel caso di specie, i coniugi Schulte non sono stati informati dalla banca in merito al loro diritto di recesso. Qualora la banca avesse informato i ricorrenti del loro diritto di recesso essi avrebbero potuto risolvere il contratto di mutuo nei termini di legge e, in considerazione della connessione tra i due contratti, il contratto di vendita immobiliare non si sarebbe concluso.

È pacifico che la banca non ha rispettato l'obbligo di informazione su di essa incomben- te ai sensi dell'art. 4 della direttiva n. 85/577/Cee e i coniugi Schulte si sono esposti ai rischi inerenti agli investimenti immobiliari come quelli oggetto della causa principale. L'art. 4 della direttiva prevede, infatti, che: «(...) gli Stati membri fanno sì che la loro legislazione nazionale preveda misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora non venga fornita l'informazione di cui al presente articolo».

Ne consegue, e così conclude la Corte, che, non avendo la banca adempiuto all'obbligo di informare il consumatore del suo diritto di recesso, essa è tenuta ad adottare provvedimenti tali da rimediare alle conseguenze relative ai rischi ai quali i coniugi sono andati incontro concludendo i contratti di investimento.

Si ricorda che, nella sentenza del 25 ottobre 2005 in causa n. C-229/04, *Crailsheimer Volksbank eG c. Klaus Conrads e a.*, scaturita da un rinvio pregiudiziale promosso dallo Hanseatisches Oberlandesgericht di Brema, avente ad oggetto fatti simili, la Corte è pervenuta alla medesima conclusione.

**L'ATTO GIUDIZIARIO O EXTRAGIUDIZIARIO NOTIFICATO AI
SENSI DEL REGOLAMENTO CE N. 1348/2000 RIMANE VALIDO
ANCHE SE VIENE RIFIUTATO PER MANCANZA DELLA
TRADUZIONE NELLA LINGUA DEL PAESE DI DESTINAZIONE**

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 novembre 2005 in causa n. C-443/03

Götz Leffler c. Berlin Chemie AG

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento Ce del Consiglio del 29 maggio 2000, n. 1348 - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Notificazione e comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali - Mancanza di traduzione dell'atto - Modalità con cui l'assenza di traduzione può essere sanata - Conseguenze - Validità dell'atto.

L'art. 8, n. 1, del regolamento Ce del Consiglio del 29 maggio 2000, n. 1348, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, dev'essere interpretato nel senso che, qualora il destinatario di un atto lo abbia rifiutato in quanto non redatto in una lingua ufficiale dello Stato membro richiesto o in una lingua dello Stato membro mittente che il destinatario comprende, il mittente ha la possibilità di rimediare inviando la traduzione richiesta¹.

L'art. 8 del regolamento Ce n. 1348/2000 dev'essere interpretato nel senso che, qualora il destinatario di un atto lo abbia rifiutato in quanto non redatto in una lingua ufficiale dello Stato membro richiesto o in una lingua dello Stato membro mittente che il destinatario comprende, questa situazione può essere sanata inviando la traduzione dell'atto, secondo le modalità previste dal regolamento Ce n. 1348/2000 e nel più breve tempo possibile².

Per risolvere i problemi connessi al modo in cui la mancanza di traduzione dev'essere sanata, non previsti dal regolamento come interpretato dalla Corte di giustizia, il giudice nazionale è tenuto ad applicare il suo diritto processuale nazionale, vegliando al contempo affinché sia garantita la piena efficacia di tale regolamento, nel rispetto della sua finalità³.

¹⁻³ Il regolamento Ce del Consiglio del 29 maggio 2000, n. 1348, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in ma-

teria civile o commerciale (in *Guce* n. L 160 del 2000, p. 37) è stato adottato per migliorare l'efficacia e la rapidità dei procedimenti giudiziari. L'art. 8 dello stesso prevede, in ordine al rifiuto di ricezione dell'atto, che l'organo ricevente informi il destinatario che può rifiutare di ricevere l'atto oggetto della notificazione o della comunicazione se è redatto in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro richiesto oppure, qualora lo Stato membro richiesto abbia più lingue ufficiali, dalla lingua o da una delle lingue ufficiali del luogo in cui deve essere eseguita la notificazione o la comunicazione, o da una lingua dello Stato membro mittente compresa dal destinatario. Inoltre, «se l'organo ricevente è informato del fatto che il destinatario rifiuta di ricevere l'atto a norma del par. 1, ne informa immediatamente l'organo mittente utilizzando il certificato di cui all'art. 10 e gli restituisce la domanda e i documenti di cui si chiede la traduzione».

Il signor Leffler, tedesco e residente nei Paesi Bassi, citava in giudizio dinanzi al Presidente del Rechtbank te Arnhem in sede di procedimento sommario, la Berlin Chemie, una società di diritto tedesco, per ottenere la revoca di alcuni sequestri effettuati da tale società, nonché l'ingiunzione che vietasse a quest'ultima di procedere a nuovi sequestri. Le domande attoree venivano respinte, il signor Leffler interponeva appello dinanzi alla giurisdizione superiore (Gerechtshof te Arnhem) e la convenuta veniva invitata a comparire ad un'udienza fissata tramite notifica. Tuttavia, la Berlin Chemie si è rifiutata di ricevere l'atto introduttivo del giudizio perché non redatto in lingua tedesca (la notifica dell'atto di citazione è avvenuta secondo la normativa tedesca, ma i documenti non erano stati tradotti in tedesco). Il giudice olandese si è così rifiutato di pronunciarsi in contumacia, ritenendo la citazione priva di effetti giuridici e ha respinto la domanda del signor Leffler per il fatto che il regime linguistico previsto dal regolamento Ce n. 1348/2000 non era stato rispettato.

La Corte di cassazione olandese (lo Hoge Raad der Nederlanden), adita dall'attore, ha sospeso il procedimento e si è rivolta alla Corte di giustizia perché chiarisse sostanzialmente le conseguenze del rifiuto di un atto non redatto nella lingua ufficiale dello Stato membro di destinazione e se il mittente abbia la possibilità di sanare le conseguenze della mancata traduzione. La Corte, basandosi sulle disposizioni del regolamento, ha precisato come nessuna norma preveda che il rifiuto dell'atto, per inosservanza dell'art. 8, determini la nullità dell'atto stesso. L'espressione «documenti di cui si chiede la traduzione», che compare all'art. 8, n. 2, del regolamento, significa che è possibile, per il destinatario, domandare una traduzione e, pertanto, per il mittente, rimediare alla mancanza di traduzione inviando la traduzione richiesta.

Secondo la Corte, ammettere che non si possa rimediare in alcun modo a tale rifiuto finirebbe con il ledere i diritti del mittente in maniera tale che questi non si accollerebbe mai il rischio di notificare un atto non tradotto. Ciò comprometterebbe il significato del regolamento stesso e, in particolare, le sue disposizioni relative alla traduzione degli atti, che concorrono alla finalità di garantire la rapidità della trasmissione di questi ultimi.

Qualora il regolamento non preveda le conseguenze della mancata traduzione dell'atto notificato, è compito del giudice nazionale applicare, in via di principio, il proprio diritto nazionale controllando, nel contempo, che sia garantita la piena efficacia del diritto comunitario. Egli può perciò disapplicare, ove occorra, una norma nazionale che si opponga al diritto comunitario o interpretare una norma nazionale adottata unicamente in vista di una situazione puramente interna al fine di applicarla alla situazione transfrontaliera (cfr. in particolare, in tal senso, sentenze del 9 marzo 1978 in causa n. 106/67, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629; del 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factortame e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433 e in questa *Rivista*, 1993, 83 con commento di A. VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, p. 581; del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage e Crehan*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6297 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 698 e del 17 settembre 2002 in causa n. C-253/00, *Muñoz e Superior Fruiticola*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7289).

A parere della Corte devono, altresì, essere tutelati i diritti delle parti: il destinatario dell'atto deve essere in grado di disporre di tempo sufficiente per difendersi, mentre il mittente non deve subire le conseguenze negative di un rifiuto dilatorio e abusivo di ricevere un atto non tradotto.

Ne consegue che il mittente ha la possibilità di rimediarsi inviando la traduzione richiesta.

Alla Corte è stato chiesto di valutare, altresì, entro quale termine e in qual modo la traduzione debba essere portata a conoscenza del destinatario dell'atto e se alla possibilità di sanare la mancanza di traduzione sia applicabile il diritto processuale degli Stati membri. In proposito, si può considerare appropriato, a giudizio della Corte, un termine di un mese a decorrere dalla data in cui l'organo mittente è stato informato del rifiuto, ma tale termine potrà essere valutato dal giudice nazionale a seconda delle circostanze del caso di specie. Infine, relativamente agli effetti dell'invio della traduzione sulla data della notifica, la Corte ha precisato che il richiedente deve poter disporre dell'effetto della notificazione iniziale, sempre che abbia avuto la diligenza di sanare il vizio mediante l'invio di una traduzione nel più breve tempo possibile.

Ne consegue che se un atto è stato rifiutato in quanto non redatto in una lingua ufficiale dello Stato membro richiesto o in una lingua dello Stato membro mittente conosciuta dal destinatario di tale atto, e il convenuto è contumace, il giudice è tenuto a indugiare sulla decisione fino a che non si sia provato che l'atto è stato sanato mediante l'invio di una traduzione e che l'invio ha avuto luogo in tempo utile perché il convenuto possa difendersi.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA L'ART. 234 DEL TRATTATO CE E CHIARISCE I RAPPORTI TRA GIURISDIZIONE NAZIONALE E GIURISDIZIONE COMUNITARIA

Corte di giustizia

Sentenza del 6 dicembre 2005 in causa n. C-461/03

Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Obbligo di rinvio pregiudiziale – Interpretazione dell'art. 234 CE - Invalidità di una disposizione comunitaria - Zucchero - Dazio addizionale all'importazione - Art. 4 del regolamento Ce n. 1423/95 - Rapporti tra giurisdizione nazionale e comunitaria.

L'art. 234, 3° comma Trattato CE fa obbligo al giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno di adire la Corte di giustizia con una questione relativa alla validità di disposizioni di un regolamento anche nel caso in cui la Corte abbia già dichiarato invalide corrispondenti disposizioni di un analogo regolamento¹.

L'art. 4, nn. 1 e 2, del regolamento Ce della Commissione del 23 giugno 1995, n. 1423, che stabilisce le modalità di applicazione per l'importazione dei prodotti del settore dello zucchero diversi dai melassi, è invalido nella misura in cui dispone che il dazio addizionale ivi previsto è in linea di principio fissato sulla base del prezzo rappresentativo previsto dall'art. 1, n. 2, di tale regolamento e che tale dazio è fissato sulla base del prezzo all'importazione cif della spedizione di cui trattasi solo se l'importatore ne fa domanda².

¹⁻² Assume particolare rilevanza la questione pregiudiziale presentata in questa causa alla Corte di giustizia, che può essere così sintetizzata: se in base all'art. 234, 3° comma, CE

un giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, abbia l'obbligo di adire la Corte con una questione relativa alla validità delle disposizioni di un regolamento, anche nel caso in cui la Corte abbia già dichiarato invalide disposizioni corrispondenti di un altro regolamento analogo.

L'art. 234, 3° comma, CE prevede che: «quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia».

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società Gaston Schul Douane-expediteur BV e il Ministero dell'Agricoltura in merito all'importazione di zucchero di canna dal Brasile. L'impresa olandese, infatti, contestava l'importo del dazio da pagare e presentava un reclamo che veniva respinto. Si rivolgeva così al giudice *a quo* con un ricorso.

Il giudice nazionale adito ha osservato come l'art. 15 del regolamento di base (n. 1785/81), che istituisce i regimi dei dazi addizionali nel settore dello zucchero, sia identico all'art. 5 del regolamento Cee del Consiglio del 29 ottobre 1975, n. 2777 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del pollame (in *Guce* n. L 282 del 75, p. 77), come modificato con regolamento n. 3290/94 e come con la sentenza del 13 dicembre 2001 (in causa n. C-317/99, *Kloosterboer Rotterdam*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9863), la Corte abbia dichiarato invalido l'art. 3, nn. 1 e 3, del regolamento Ce della Commissione del 28 giugno 1995, n. 1484, sulle modalità di applicazione del regime relativo all'applicazione dei dazi addizionali all'importazione e sulla fissazione dei dazi addizionali all'importazione nei settori delle uova e del pollame, che abrogano il regolamento n. 163/67/Cee (in *Guce* n. L 145 del 95, p. 47). Ritenendo il giudice che le disposizioni dell'art. 3, nn. 1 e 3, del regolamento n. 1484/1995 e dell'art. 4, nn. 1 e 2 del regolamento Ce della Commissione del 23 giugno 1995, n. 1423, che stabilisce le modalità di applicazione per l'importazione dei prodotti del settore dello zucchero diversi dai melassi (in *Guce* n. L 141, p. 16) oggetto di interpretazione fossero identiche, ha sospeso il giudizio e si è rivolto alla Corte di giustizia.

La Corte ha precisato che dalla sentenza *Cilfit e a.* (del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, in *Raccolta*, 1982, p. 3415), si ricava che un giudice le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuto, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad esso, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione sollevata non è pertinente o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto d'interpretazione da parte della Corte ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (cfr., nello stesso senso la sentenza del 15 settembre 2005 in causa n. C-495/03, *Intermodal Transports*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8151). Dalla sentenza *Foto-Frost* (del 22 ottobre 1987 in causa n. 314/85, in *Raccolta*, 1987, p. 4199), peraltro richiamata dal giudice olandese, risulta che i giudici nazionali non sono competenti a dichiarare essi stessi l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie: «i giudici nazionali non di ultima istanza possono esaminare la validità di un atto comunitario e, se ritengono infondati i motivi d'invalidità dedotti dalle parti dinanzi ad essi, disattendere questi motivi concludendo che l'atto è pienamente valido. Viceversa i giudici nazionali, di ultima istanza o meno, non sono competenti ad accertare direttamente l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie» (la sentenza della Corte di giustizia prosegue affermando anche che: «Questa massima è informata, in primo luogo, all'esigenza di uniformità nell'applicazione del diritto comunitario. Divergenze fra i giudici degli Stati membri circa la validità degli atti comunitari potrebbero infatti compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto. Essa è resa necessaria, in secondo luogo, dall'esigenza di coerenza del sistema di tutela giurisdizionale istituito dal Trattato. Questo infatti, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e 177, dall'altro, ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti destinati ad affidare alla Corte di giustizia il sindacato di legittimità sugli atti delle istituzioni. Dato che l'art. 173 attribuisce alla Corte la competenza esclusiva per annullare un atto di un'istituzione comunitaria, la coerenza del sistema esige che il potere di accertare l'invalidità dello stesso atto, qualora essa sia sollevata dinanzi ad un giudice nazionale, sia del pari riservato alla Corte. Questa ripartizione di competenze può essere modificata a determinate condizioni, qualora la validità sia contestata dinanzi

al giudice nazionale in sede di procedimento sommario»).

La Corte ha precisato, inoltre, come la circostanza che un giudice nazionale possa statuire sull'invalidità di un atto comunitario non sarebbe conciliabile con la necessaria coerenza del sistema di tutela giurisdizionale istituito dal diritto comunitario. Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE è, al pari del ricorso di annullamento, uno strumento del controllo della legittimità sugli atti delle istituzioni comunitarie. Mediante gli artt. 230 CE e 241 CE, da un lato, e l'art. 234 CE, dall'altro, il Trattato istituisce un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti intesi ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni (cfr. le sentenze del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Les Verts c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339; *Foto-Frost, cit.*, e del 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 520).

Ne deriva che il giudice comunitario è l'organo più idoneo a pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari. Le istituzioni comunitarie che hanno emanato gli atti contestati hanno il diritto, a norma dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia, di intervenire dinanzi alla Corte per difendere la validità di tali atti. Inoltre, la Corte può richiedere alle istituzioni comunitarie che non sono parti in causa tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo (*contra*, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale R.-J. Colomer presentate in data 30 giugno 2005).

UNA PERSONA GIURIDICA, QUALE UNA FONDAZIONE BANCARIA, PUÒ ESSERE QUALIFICATA COME IMPRESA AI SENSI DELLA NORMATIVA COMUNITARIA DELLA CONCORRENZA E DEGLI AIUTI DI STATO

Corte di giustizia

Sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-222/04

Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Aiuti concessi dagli Stati - Artt. 87 e 88 CE - Banche - Fondazioni bancarie - Nozione d'impresa - Riduzione dell'imposta diretta sui dividendi percepiti dalle fondazioni bancarie - Qualificazione come aiuto di Stato - Compatibilità con il mercato comune - Decisione della Commissione n. 2003/146/Ce - Giudizio di validità - Irrricevibilità - Artt. 12, 43 e 56 CE - Divieto di discriminazione - Libertà di stabilimento - Libera circolazione dei capitali.

In esito ad una valutazione che spetta al giudice nazionale compiere sulla base della disciplina applicabile nel periodo rilevante, una persona giuridica come quella oggetto della causa principale può essere qualificata come «impresa» ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE e in quanto tale essere sottoposta, per tale periodo, alle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato¹.

In esito ad una valutazione che spetta al giudice nazionale compiere, un'esenzione dalla ritenuta sui dividendi come quella oggetto della causa principale può essere qualificata come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE².

¹⁻² La suprema Corte di cassazione italiana ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni relative alla compatibilità con il diritto comunitario del regime tributario applicabile ad enti istituiti in seguito alla privatizzazione delle banche pubbliche italiane, e precisamente alle fondazioni bancarie che hanno sostituito le tradizionali casse di risparmio.

In particolare, la Fondazione Cassa di risparmio di San Miniato chiedeva all'amministrazione fiscale ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 1745/62 (recante istituzione di una ritenuta d'acconto o di imposta sugli utili distribuiti dalle società e modificazioni della disciplina della nominatività obbligatoria dei titoli azionari, in *Guri* n. 5 del 7 gennaio 1963, p. 61), l'esenzione dalla ritenuta sui dividendi ad essa spettanti per l'esercizio 1998 relativamente alla sua partecipazione nella Cassa di Risparmio di San Miniato e nella società Casse Toscane SpA, alla quale è subentrata la Cassa di Risparmio di Firenze. La domanda veniva respinta in quanto la gestione, da parte di una fondazione bancaria, delle proprie partecipazioni in società bancarie doveva essere considerata un'attività commerciale incompatibile con la normativa nazionale citata.

Il provvedimento di rigetto è stato impugnato dinnanzi alla Commissione Tributaria provinciale di Firenze che ha respinto il ricorso. Le ricorrenti hanno così impugnato la decisione dinnanzi alla Commissione Tributaria regionale di Firenze che ha accolto il ricorso ritenendo che la Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato avesse diritto all'agevolazione indipendentemente dal fatto che una fondazione bancaria potesse esercitare, non a titolo principale, un'attività economica d'impresa, anche alla luce della nuova disciplina introdotta dalla l. n. 461/98 e dal dlgo n. 153/99, che esplicitamente prevede l'applicabilità alle fondazioni bancarie dell'agevolazione fiscale di cui trattasi (l. 23 dicembre 1998, n. 461, recante delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, comma 1, del dlgo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, in *Guri* n. 4 del 7 gennaio 1999, p. 4 e dal dlgo 17 maggio 1999, n. 153, recante disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, dlgo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'arti. 1 della l. 23 dicembre 1998, n. 461, in *Guri* n. 125 del 31 maggio 1999, p. 4).

Il Ministero dell'economia e delle finanze ha proposto ricorso in Cassazione contro tale decisione e la Corte suprema si è rivolta alla Corte di giustizia ponendo cinque questioni pregiudiziali.

Con la prima e la seconda questione, il giudice *a quo* ha chiesto in sostanza alla Corte se una fondazione bancaria come quella oggetto della causa principale potesse essere qualificata come «impresa» ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, e, in quanto tale, sottoposta alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Con la terza questione il giudice nazionale, ha invitato la Corte a chiarire se l'agevolazione di cui si discute nella causa principale potesse essere qualificata come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

La quarta questione, collegata alla precedente, si riferisce alla validità della decisione della Commissione delle Comunità europee n. 2003/146 (in *Guce* n. L 55 del 2003, p. 56) con la quale è stata ritenuta inapplicabile la disciplina sugli aiuti di Stato alle fondazioni di origine bancaria.

Infine, con la quinta questione il giudice del rinvio ha domandato alla Corte se un'agevolazione fiscale come quella oggetto della causa principale costituisca una restrizione della libertà di stabilimento o della libera circolazione dei capitali, ai sensi degli artt. 43 e 56 CE, favorendo le imprese, bancarie o no, nelle quali le fondazioni bancarie detengono partecipazioni, danneggiando altre imprese operanti sul mercato in questione non partecipate da tali fondazioni.

Con riferimento al concetto di impresa, la Corte di giustizia osserva come, sulla base di una propria giurisprudenza consolidata nell'ambito del diritto della concorrenza, il concetto

di «impresa» comprenda qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (cfr., sul punto, le sentenze del 23 aprile 1991 in causa n. C-41/90, *Höfner e Elser*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1979 e del 16 marzo 2004 in cause riunite n. C-264/01, n. C-306/01, n. C-354/01 e n. C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2493). Costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (cfr., in particolare, le sentenze del 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851 e 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).

Secondo la Corte, un soggetto che è titolare di partecipazioni di controllo in una società e che esercita effettivamente tale controllo prendendo parte direttamente o indirettamente alla sua gestione, deve essere considerato partecipe dell'attività economica svolta dall'impresa controllata. Ne consegue che tale soggetto deve essere considerato un'impresa ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE e, come tale, sottoposto alla normativa relativa agli aiuti di Stato.

Sulla nozione di aiuto di Stato e sugli ulteriori requisiti necessari per la qualificazione di un'agevolazione fiscale come aiuto di Stato quali: *a.* il finanziamento da parte dello Stato o con risorse statali; *b.* la selettività, nonché *c.* l'incidenza sugli scambi tra Stati membri e la distorsione della concorrenza che ne risulta, la Corte ha precisato come «il settore dei servizi finanziari è stato oggetto di un rilevante processo di liberalizzazione a livello comunitario, che ha accentuato la concorrenza che già poteva derivare dalla libera circolazione dei capitali prevista dal Trattato» (cfr. le sentenze del 15 dicembre 2005 in causa n. C-66/02, *Italia c. Commissione* nonché del 15 dicembre 2005 in causa n. C-148/04, *Unicredito Italiano*: entrambe le sentenze non sono ancora state pubblicate in *Raccolta*). Secondo la Corte, in particolare, l'agevolazione fiscale di cui si discute può rafforzare, in termini di finanziamento e/o di liquidità, la posizione dell'unità economica, attiva nel settore bancario, costituita dalla fondazione bancaria e dalla società bancaria, oltre che rafforzare la posizione della fondazione bancaria in un'attività svolta, in particolare, in un settore sociale, scientifico o culturale (cfr. punto 145 della sentenza).

Risolviendo la quarta questione la Corte ha confermato la validità della decisione della Commissione n. 2003/146 con la quale essa ha ritenuto che, nel caso di fondazioni bancarie non esercitanti direttamente alcuna attività nei settori rilevanti, le misure nazionali esaminate non costituissero aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, poiché i beneficiari non erano qualificabili come imprese ai sensi di tale disposizione.

Infine, la Corte di giustizia ha considerato irrilevante pronunciarsi sulla quinta questione: «infatti, qualora il giudice della causa principale qualifichi l'agevolazione fiscale come aiuto di Stato, essa dovrà essere eliminata, cosicché non vi sarà più alcuna differenza di trattamento rilevante ai sensi degli artt. 43 e 56 CE. Viceversa, qualora il giudice nazionale escluda la qualificazione come aiuto di Stato, non si porrà più il problema dell'esistenza di una restrizione della libertà di stabilimento o della libera circolazione dei capitali».

LE NORME TEDESCHE SULL'IMPIEGO DI CITTADINI DI STATI TERZI DISTACCATI DA PRESTATORI DI SERVIZI STABILITI IN ALTRI PAESI MEMBRI SONO CONTRARIE AL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 19 gennaio 2006 in causa n. C-244/04

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Art. 49 CE - Libera prestazione dei servizi - Impresa che occupa lavoratori cittadini di Stati terzi -

Impresa che svolge prestazioni in un altro Stato membro - Distacco di lavoratori di Paesi terzi nell'ambito di una prestazione di servizi da parte di imprese stabilite in un altro Stato membro - Regime del visto di lavoro - Condizioni per il rilascio - Sussistenza.

Non limitandosi a subordinare il distacco di lavoratori cittadini di Stati terzi in vista del compimento di una prestazione di servizi sul suo territorio ad una semplice previa dichiarazione dell'impresa avente sede in un altro Stato membro che intende procedere al distacco di detti lavoratori ed esigendo che questi ultimi siano occupati da almeno un anno da tale impresa, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 49 CE¹.

¹ In Germania il distacco di cittadini di Paesi terzi è disciplinato dalla legge tedesca sugli stranieri, da un regolamento di attuazione e da una circolare del 15 maggio 1999 indirizzata alle rappresentanze consolari e diplomatiche tedesche in altri Paesi. I cittadini stranieri, per poter entrare e soggiornare nel territorio tedesco, devono essere in possesso di un visto. Gli stranieri che intendono soggiornare in Germania per svolgere attività retribuite, devono ottenere un'autorizzazione. Le imprese che intendono prestare servizi in Germania devono assicurarsi che i loro dipendenti, cittadini di Paesi terzi, ottengano un visto presso la rappresentanza diplomatica tedesca nello Stato membro in cui esse hanno sede. Tra i criteri che vengono valutati dall'autorità competente per rilascio del visto, contenuti nella circolare sopra citata, è previsto che «il lavoratore interessato dev'essere occupato stabilmente presso l'impresa distaccante, il che si verifica se il lavoratore è impiegato presso la stessa da almeno un anno».

La Commissione delle Comunità europee, ritenendo che la Germania, limitando in modo assolutamente sproporzionato, secondo una prassi fondata sulla circolare su menzionata, il distacco di lavoratori cittadini di Stati terzi nell'ambito di una prestazione di servizi, sia venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 49 CE.

Ai sensi dell'art. 3 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 (in *Guce* n. L 18 del 1997, p. 1): «Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'art. 1, par. 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: - da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o - da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del par. 8, sempre che vertano sulle attività menzionate in allegato: (...) c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; (...)».

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha osservato come la misura di controllo preliminare al distacco quale quello che risulta dalla prassi attuata dalle autorità tedesche eccede quanto è necessario per prevenire gli abusi cui può dar luogo l'attuazione della libertà di prestazione di servizi (in questo senso, cfr. la sentenza del 9 agosto 1994 in causa n. C-43/93, *Vander Elst*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3803 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 332). Infatti, come peraltro aveva già osservato l'Avvocato Generale Geelhoed nelle proprie conclusioni, una semplice dichiarazione preliminare, fornita dal prestatore di servizi, attestante che i lavoratori interessati sono in una situazione regolare di autorizzazione di lavoro e di copertura assicurativa nello Stato membro ove l'impresa li occupa, offrirebbe alle autorità nazionali, in maniera meno restrittiva e parimenti efficace come il controllo preliminare al distacco, garanzie sulla regolare situazione di tali lavoratori e sul fatto che questi esercitano la loro attività principale nello Stato membro dove ha sede l'impresa prestatrice di servizi (cfr. sentenze del 24 gennaio 2002 in causa n. C-164/99, *Portugalia Construções*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 787 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 92; del 23 novembre 1999 in cause riunite n.

C-369/96 e n. C-376/96, *Arblade e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8453; del 27 marzo 1990 in causa n. C-113/89, *Rush Portuguesa*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1417 e del 25 ottobre 2001 in cause n. C-49/98, n. C-50/98, n. C-52/98 - n. C-54/98 e n. C-68/98 - n. C-71/98, *Finalarte e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7831).

Con riferimento ai motivi inerenti alla tutela dei lavoratori invocati dalle autorità tedesche al fine di giustificare la prassi utilizzata, la Corte ha precisato che il diritto comunitario consente agli Stati membri di estendere l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, ancorché temporaneo, nel loro territorio indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro. Inoltre, il diritto comunitario non vieta neppure agli Stati membri di imporre l'osservanza di queste norme con mezzi adeguati, quando risulti che la protezione da queste conferita non è garantita da obblighi identici o sostanzialmente comparabili ai quali l'impresa è già soggetta nello Stato membro di stabilimento (cfr. sentenza del 21 ottobre 2004 in causa n. C-445/03, *Commissione c. Lussemburgo* in *Raccolta*, 2001, I, p. 10191).

Ne consegue, secondo la Corte, che la misura di controllo preliminare al distacco eccede quanto è necessario per perseguire l'obiettivo di tutela dei lavoratori e che tale misura, non potendo essere giustificata dalla necessità di assicurarsi che tale distacco sia effettuato in modo legittimo, costituisce uno strumento sproporzionato.

Infine, la Corte si è pronunciata sulla condizione di un previo periodo di occupazione di almeno un anno in seno all'impresa che effettua il distacco affermando che tale misura, oltre ad eccedere quanto può essere preteso in nome dell'obiettivo di tutela sociale dei lavoratori cittadini di uno Stato terzo, è sproporzionata rispetto all'obiettivo inteso a garantire che i lavoratori ritornino nello Stato membro di origine al termine del loro distacco. Ne consegue che la Germania ha violato le disposizioni comunitarie sulla libera prestazione di servizi.

LO STATO MEMBRO OSPITANTE PUÒ LIMITARE L'AUTORIZZAZIONE ALL'ACCESSO ALLA PROFESSIONE DI INGEGNERE A SPECIFICHE ATTIVITÀ

Corte di giustizia

Sentenza del 19 gennaio 2006 in causa n. C-330/03

Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos c. Administración del Estado, *interveniante*: Giuliano Mauro Imo

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione dei lavoratori - Riconoscimento dei diplomi - Direttiva n. 89/48/Cee - Professione di ingegnere - Riconoscimento parziale e limitato delle qualifiche professionali - Professione regolamentata nello Stato membro ospitante che copre un campo di attività più ampio di quello contemplato dal titolo richiesto dallo Stato membro di origine per accedere a detta professione o per esercitarla sul suo territorio - Possibilità per lo Stato membro ospitante di limitare l'autorizzazione di accesso a tale professione alle sole attività contemplate dal diploma di cui il richiedente è titolare - Compatibilità con gli artt. 39 e 43 CE.

La direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore

che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, non osta al fatto che, quando il titolare di un diploma ottenuto in uno Stato membro richiede l'autorizzazione per accedere ad una professione regolamentata in un altro Stato membro, le autorità di tale ultimo Stato accolgano la domanda parzialmente, se il titolare del diploma lo chiede, limitando la portata dell'autorizzazione alle sole attività alle quali il diploma in questione dà accesso nello Stato membro in cui è stato conseguito¹.

Gli artt. 39 CE e 43 CE non ostano a che uno Stato membro non consenta l'accesso parziale ad una professione, qualora le lacune nella formazione in possesso dell'interessato rispetto a quella necessaria nello Stato membro ospitante possano essere effettivamente colmate con misure di compensazione ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva n. 89/48/Cee. Viceversa, gli artt. 39 CE e 43 CE ostano a che uno Stato membro non accordi tale accesso parziale quando l'interessato lo richiede e quando le differenze tra gli ambiti di attività sono così rilevanti che sarebbe in realtà necessario seguire una formazione completa, a meno che il detto diniego di accesso parziale non sia giustificato da ragioni imperative di pubblico interesse, le quali siano adeguate a garantire la realizzazione dell'obiettivo che perseguono e non eccedano ciò che è necessario per ottenerlo².

¹⁻² Le competenti autorità spagnole presso le quali il signor Imo, cittadino italiano, titolare di un diploma conseguito in Italia, aveva presentato una domanda di autorizzazione ad esercitare la professione di ingegnere civile il cui accesso è subordinato al possesso di un titolo, hanno limitato l'autorizzazione concessa alle sole attività comprese in tale professione contemplate dal diploma di cui il richiedente era titolare, conformemente alla normativa vigente nello Stato membro d'origine, escludendo le altre attività che rientrano nella professione considerata ai sensi della normativa applicabile nello Stato membro ospitante.

Le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunal Supremo spagnolo (Corte suprema di cassazione) sono state proposte nell'ambito della controversia che ha visto contrapposti, da un lato il Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (Ordine degli ingegneri civili spagnoli) e l'Administración del Estado relativamente alla domanda del signor Imo, in possesso di un diploma di laurea in ingegneria civile ad indirizzo idraulico, ottenuto in Italia, finalizzata all'accesso alla professione di ingegnere civile in Spagna.

La Corte di giustizia è stata così chiamata ad interpretare il principio del riconoscimento dei diplomi, quale sancito dalla direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 19 del 1989, p. 16), nonché gli artt. 39 e 43 CE.

Infatti, con la prima delle due questioni pregiudiziali che il giudice nazionale ha posto alla Corte è stato chiesto di chiarire se, nell'ipotesi in cui il titolare di un diploma ottenuto in uno Stato membro richieda l'autorizzazione per accedere ad una professione regolamentata in un altro Stato membro, le autorità di quest'ultimo Stato possano accogliere la domanda in forma parziale, a determinate condizioni, limitando così la portata dell'autorizzazione alle sole attività alle quali il diploma in questione dà accesso nello Stato membro in cui è stato conseguito. La Corte precisa prima di tutto che dal tenore della direttiva, in particolare dall'art. 3, 1° comma, lett. a. si evince che essa non consente, né vieta esplicitamente il riconoscimento parziale delle qualifiche professionali: «quando nello Stato membro ospitante l'accesso o l'esercizio di una professione regolamentata è subordinato al possesso di un diploma, l'autorità competente non può rifiutare ad un cittadino di un altro Stato membro, per mancanza di qualifiche, l'accesso a/o l'esercizio di tale professione, alle stesse condizioni che vengono applicate ai propri cittadini: a. se il richiedente possiede il diploma che è prescritto in un altro Stato membro per l'accesso o l'esercizio di questa stessa professione sul

suo territorio, e che è stato ottenuto in un altro Stato membro, (...)» (art. 3, 1° comma, della direttiva).

Inoltre, il sistema di mutuo riconoscimento dei diplomi istituito dalla direttiva non comporta che i diplomi rilasciati da altri Stati membri attestino una formazione analoga o comparabile a quella prescritta dallo Stato membro ospitante: un diploma non è riconosciuto per il valore reale della formazione che sanziona, ma in quanto dà accesso, nello Stato membro in cui è stato rilasciato o riconosciuto, ad una professione regolamentata.

La Corte ha precisato, altresì, che la presenza di differenze nell'organizzazione o nel contenuto della formazione acquisita nello Stato membro di provenienza rispetto a quella impartita nello Stato membro ospitante non sono sufficienti a giustificare il rifiuto del riconoscimento della qualifica professionale in questione. Se le differenze sono di natura sostanziale, possono tutt'al più giustificare la richiesta da parte dello Stato membro ospitante del soddisfacimento dell'una o dell'altra misura di compensazione prevista dall'art. 4 della direttiva (cfr., sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-102/02, *Beuttenmüller*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5405).

Si precisa che l'art. 4, n. 1, della direttiva prevede che: «L'art. 3 non osta a che lo Stato membro ospitante esiga, inoltre, che il richiedente: *a.* provi che possiede un'esperienza professionale, quando la durata della formazione adottata a norma dell'art. 3, lett. *a.* e *b.* è inferiore di almeno un anno a quella prescritta nello Stato membro ospitante. (...) *b.* compia un tirocinio di adattamento, per un periodo massimo di tre anni, o si sottoponga a una prova attitudinale: – quando la formazione ricevuta conformemente all'art. 3, lett. *a.* e *b.* verte su materie sostanzialmente diverse da quelle contemplate nel diploma prescritto nello Stato membro ospitante, oppure quando, nel caso di cui all'art. 3, lett. *a.*, la professione regolamentata nello Stato membro ospitante comprende una o più attività professionali regolamentate che non esistono nella professione regolamentata nello Stato membro di origine o provenienza del richiedente, e tale differenza è caratterizzata da una formazione specifica prescritta nello Stato membro ospitante e vertente su materie sostanzialmente diverse da quelle contemplate dal diploma dichiarato dal richiedente (...)».

La Corte ha risolto la questione precisando che l'espressione «questa stessa professione», contenuta all'art. 3, 1° comma, lett. *a.*, della direttiva, deve essere interpretata come riferita a professioni che sono, nello Stato di provenienza e in quello ospitante, o identiche o analoghe o, in certi casi, semplicemente equivalenti per quanto riguarda le attività in cui esse si esprimono (per analoga definizione, cfr. le conclusioni dell'avvocato generale P. Léger del 30 giugno 2005, par. 40-43).

Considerando che è possibile dunque valutare separatamente, secondo la Corte, ciascuna delle attività professionali riferite ad una professione regolamentata, ne consegue che, né il tenore, né il sistema e neppure gli obiettivi della direttiva n. 89/48/Cee escludono la possibilità di un accesso parziale ad una professione regolamentata.

Con la seconda questione è stato chiesto alla Corte di valutare se gli artt. 39 e 43 CE impediscano allo Stato membro ospitante di escludere la possibilità di un accesso parziale ad una professione regolamentata, limitato allo svolgimento di una o più attività rientranti in tale professione.

La Corte di giustizia, richiamando la propria giurisprudenza sul punto, precisa che, qualora l'accesso a una professione regolamentata sia subordinato nello Stato membro ospitante a una determinata disciplina, il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di norma, soddisfare i requisiti fissati da tale normativa (cfr. in tal senso, le sentenze del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con commento di A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301 ss. e nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 nonché del 1° febbraio 2001 in causa n. C-108/96, *Mac Quen e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 837 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 77).

Tenendo conto che le condizioni di accesso alla professione di ingegnere civile non costituiscono oggetto di un'armonizzazione a livello comunitario, gli Stati membri sono competenti a delimitare i requisiti per l'accesso poiché la direttiva non limita la loro competenza sul punto. Tuttavia, gli Stati membri devono esercitare i loro poteri in tale settore nel rispet-

to delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE (cfr. le sentenze del 29 ottobre 1998 in cause riunite n. C-193/97 e n. C-194/97, *De Castro Freitas e Escallier*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6747 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 287 nonché del 3 ottobre 2000 in causa n. C-58/98, *Corsten*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7919).

I provvedimenti adottati dagli Stati che limitano o scoraggiano l'esercizio di tali libertà sono ammissibili solamente qualora soddisfino quattro condizioni: *a.* non devono essere applicati in modo discriminatorio; *b.* devono rispondere a motivi imperativi di interesse pubblico; *c.* devono essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; e *d.* non devono eccedere quanto necessario per il raggiungimento di questo (cfr., in particolare, le sentenze del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663 e in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, p. 91; *Gebhard, cit.*, e del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123).

In un caso come quello di cui alla causa principale, la normativa spagnola che esclude la possibilità di consentire un accesso parziale ad una professione può limitare o scoraggiare l'esercizio sia della libera circolazione delle persone che della libertà di stabilimento, anche qualora tale normativa sia indistintamente applicabile ai cittadini dello Stato membro ospitante e a quelli degli altri Stati membri (il Tribunal Supremo aveva rilevato che il contenuto della formazione di un ingegnere civile ad indirizzo idraulico in Italia e di un ingegnere civile in Spagna sono così profondamente differenti, che applicare una misura di compensazione o di adattamento avrebbe significato, in pratica, obbligare l'interessato ad acquisire una nuova formazione professionale). Tuttavia, e così ha concluso la Corte, l'obiettivo della protezione dei consumatori e degli altri destinatari dei servizi può essere ottenuto attraverso l'obbligo di utilizzare il titolo professionale originario o il titolo di studio sia nella lingua in cui è stato ottenuto e nella forma originale sia nella lingua ufficiale dello Stato membro ospitante.

SISTEMA DI INFORMAZIONE SCHENGEN (SIS): PER LIMITARE LA CIRCOLAZIONE DI UN CITTADINO DI UN PAESE TERZO NON È SUFFICIENTE CHE LO STESSO RISULTI SEGNALATO NEL SIS

Corte di giustizia

Sentenza del 31 gennaio 2006 in causa n. C-503/03

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Libera circolazione delle persone - Direttiva n. 64/221/Cee - Accordo di Schengen - Convenzione di applicazione (CAAS) - Cittadino di uno Stato terzo, coniuge di un cittadino di uno Stato membro - Diritto d'ingresso e di soggiorno - Restrizione per motivi di ordine pubblico - Sistema di informazione Schengen (SIS) - Segnalazione ai fini della non ammissione - Rapporti tra la CAAS e il diritto comunitario relativo alla libera circolazione delle persone - Cooperazione rafforzata.

Avendo rifiutato l'ingresso sul territorio degli Stati parti contraenti dell'accordo relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere co-

muni, firmato il 14 giugno 1985 a Schengen, al signor Farid, nonché il rilascio di un visto ai fini dell'ingresso in tale territorio ai signori Farid e Bouchair, cittadini di uno Stato terzo coniugi di cittadini di uno Stato membro, per il solo motivo che essi erano segnalati nel sistema d'informazione Schengen (SIS) ai fini della non ammissione, senza aver preliminarmente verificato se la presenza di tali persone costituisse una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza degli artt. 1-3 della direttiva del Consiglio del 25 febbraio 1964, n. 64/221/Cee, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica¹.

¹ Le disposizioni relative all'*acquis* di Schengen sono compatibili con il diritto comunitario e come deve risolversi un eventuale contrasto?

La Corte di giustizia, per la prima volta, risponde a tali interrogativi. Infatti, la controversia dalla quale è scaturita la sentenza, sopra massimata, è sorta in seguito alla prassi amministrativa vigente in Spagna di negare ai familiari provenienti da Paesi terzi, senza un'ulteriore valutazione individuale, sia l'ingresso sul territorio, sia un visto di soggiorno, quando le persone in questione risultano segnalate nel sistema d'informazione computerizzato di Schengen (di seguito: «SIS») ai fini della non ammissione. Il Regno di Spagna ha rilevato che la propria prassi amministrativa corrisponderebbe alle prescrizioni della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (di seguito: «CAAS»).

Il Regno di Spagna in sostanza ha rifiutato il visto, nonché l'ingresso sul proprio territorio, a due cittadini algerini, coniugi di cittadine di uno Stato membro, per il semplice fatto che essi figuravano nell'elenco delle persone non ammissibili in base al sistema di informazione Schengen.

L'Accordo di Schengen relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (in *Guce* n. L 239 del 2000, p. 13) è stato sottoscritto nella cittadina di Schengen, in Lussemburgo il 14 giugno 1985 e il 19 giugno 1990, ha fatto seguito la sottoscrizione della Convenzione di applicazione (in *Guce* n. L 239 del 2000, p. 19) che prevede misure di cooperazione destinate a garantire, come compensazione per la soppressione delle frontiere interne, la protezione di tutti i territori delle Parti contraenti. In sostanza, essa ha consentito di abolire i controlli alle frontiere interne tra gli Stati firmatari creando una frontiera unica esterna. Il Regno di Spagna ha aderito all'accordo di Schengen e alla CAAS il 25 giugno 1991 (in *Guce* n. L 239 del 2000, p. 69).

Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha integrato, tramite un protocollo allegato, sia l'Accordo di Schengen sia la Convenzione di applicazione nell'ambito dell'UE.

Il titolo IV della CAAS è dedicato al SIS. Ai sensi dell'art. 92, n. 1, della CAAS, quest'ultimo è composto da una sezione nazionale presso ciascuna delle Parti contraenti e da un'unità di supporto tecnico. Esso permette alle autorità nazionali competenti, per mezzo di una procedura d'interrogazione autorizzata, di disporre di segnalazioni di persone e di oggetti, in occasione di controlli alle frontiere nonché di verifiche o di altri controlli di polizia e doganali effettuati all'interno del Paese conformemente al diritto nazionale come pure nel caso di segnalazione di persone sia ai fini della non ammissione, sia ai fini della procedura di rilascio di visti e di documenti di soggiorno sia, più in generale, ai fini dell'amministrazione degli stranieri nell'ambito dell'applicazione delle disposizioni sulla circolazione delle persone della CAAS.

La Commissione europea che ha avviato il procedimento per inadempimento nei confronti del Regno di Spagna, deciso con la sentenza qui commentata, ha ritenuto che tale meccanismo fosse incompatibile con la direttiva del Consiglio del 25 febbraio 1964, n. 64/221/Cee, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento

e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (in *Guri* n. 56 del 1964, p. 850), quando lo straniero proveniente da un Paese terzo sia un familiare di un cittadino dell'Unione. Infatti, secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, l'accesso al territorio di uno Stato membro può essere rifiutato ad un cittadino dell'Unione o ad un suo familiare solamente qualora l'interessato rappresenti una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività (cfr. le sentenze del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219 e del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999).

La direttiva n. 64/221/Cee specifica a quali condizioni gli Stati membri possono limitare i diritti di ingresso e di soggiorno degli stranieri che provengono da altri Stati membri e dei loro familiari per motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

Si precisa che tale direttiva è stata abrogata dalla direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (in *Guce* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77).

Nella sentenza, innanzitutto, la Corte ha precisato che la legislazione comunitaria in materia di tutela della vita familiare mira a garantire, nei regolamenti e nelle direttive relativi alla libera circolazione delle persone, l'applicazione del diritto comunitario in materia di ingresso e di soggiorno sul territorio degli Stati membri ai cittadini di Stati terzi, coniugi di cittadini di Stati membri.

Infatti, se gli Stati membri possono, quando un cittadino di uno Stato membro si sposta all'interno della Comunità al fine di esercitare i diritti conferitigli dal Trattato e dalle disposizioni adottate per la sua applicazione, imporre un visto di ingresso al suo coniuge, cittadino di uno Stato terzo, gli Stati membri devono tuttavia accordare a quest'ultimo ogni opportunità per ottenere il visto di cui necessita (cfr. le sentenze dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528 e del 25 luglio 2002 in causa n. C-459/99, *MRAX*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6591 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 530).

In forza dell'art. 134 della CAAS, le disposizioni di tale Convenzione sono applicabili solamente nella misura in cui siano compatibili con il diritto comunitario.

Viene dalla Corte precisato che la conformità di una prassi amministrativa alle disposizioni della CAAS (le autorità spagnole hanno agito conformemente al meccanismo previsto dalla CAAS, in forza degli artt. 94, n. 1, e 105 della CAAS), permette di giustificare il comportamento delle autorità nazionali competenti solo a condizione che l'applicazione delle disposizioni di cui trattasi sia compatibile con le norme comunitarie che disciplinano la libera circolazione delle persone.

Nel caso di specie, i signori Farid e Bouchair, cittadini algerini, in base al loro *status* di coniugi di cittadine di uno Stato membro ottenevano il diritto di entrare nel territorio degli Stati membri o di ottenere un visto a tal fine.

Tale diritto, tuttavia non è incondizionato (cfr. artt. 2 e 3 della direttiva n. 64/221/Cee). Secondo la direttiva, l'eccezione di ordine pubblico costituisce una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, da intendersi in modo restrittivo e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri (cfr. le sentenze del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, *cit. supra*; del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, *cit. supra*; del 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 11 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 73 e del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-482/01 e n. C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5257 e in questa *Rivista*, 2005, p. 247 con commento di L. TRIFONE, *La sentenza Orfanopoulos e la normativa tedesca: innovazioni in tema di allontanamento di cittadini comunitari dal territorio degli Stati membri*, p. 257).

La Corte ha sottolineato come la nozione di ordine pubblico di cui all'art. 2 della direttiva n. 64/221/Cee non corrisponda a quella contenuta nell'art. 96 della CAAS che disciplina la segnalazione ai fini della non ammissione. Secondo quest'ultima disposizione, infatti, una pena privativa della libertà di almeno un anno o una misura fondata sul mancato rispetto di una normativa nazionale relativa all'ingresso e al soggiorno degli stranieri possono fondare una segnalazione al SIS ai fini della non ammissione per motivi di ordine pubblico, indi-

pendentemente da ogni applicazione concreta della minaccia rappresentata dall'interessato.

Ne consegue che, secondo le disposizioni, sopra citate, una persona rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva n. 64/221/Cee, come il cittadino di uno Stato terzo, coniuge di un cittadino di uno Stato membro, rischia di vedersi privato, nel caso di una segnalazione ai fini della non ammissione, della tutela prevista dalla stessa direttiva. Con una dichiarazione del 1996 gli Stati contraenti si sono impegnati nel senso che essi possono procedere alla segnalazione di un cittadino di uno Stato terzo coniuge di un cittadino di uno Stato membro solamente in seguito alla constatazione che la presenza di tale persona costituisca una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività ai sensi della direttiva n. 64/221/Cee.

Lo Stato membro che consulta il SIS deve essere in grado di accertare, prima di rifiutare l'ingresso sul proprio territorio del soggetto, che la presenza dello stesso costituisca una minaccia reale ed effettiva per l'interesse della collettività.

Ciò non è stato fatto dal Regno di Spagna.

Ne consegue, e così ha deciso la Corte, che non avendo le autorità spagnole verificato se la presenza in Spagna dei cittadini algerini costituisse effettivamente una minaccia tale da giustificare la non ammissione sul proprio territorio, la Spagna medesima è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 1-3 della direttiva n. 64/221/Cee.

È ESCLUSO DA UNA GARA D'APPALTO PUBBLICO IL PRESTATORE DI SERVIZI CHE NON È IN REGOLA CON IL PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E DELLE IMPOSTE

Corte di giustizia

Sentenza del 9 febbraio 2006 in cause riunite n. C-226/04 e n. C-228/04

La Cascina Soc. coop. a rl, Zilch Srl c. Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze e a. (causa n. C-226/04)

Consorzio G. f. M. c. Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. a rl (causa n. C-228/04)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Appalti pubblici di servizi - Procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi - Direttiva n. 92/50/Cee - Art. 29, 1° co., lett. e. e f. - Obblighi dei prestatori di servizi - Pagamento dei contributi di sicurezza sociale nonché delle imposte e tasse - Condizioni di esclusione di un prestatore di servizi - Inosservanza degli obblighi relativi al pagamento dei contributi di sicurezza sociale nonché delle imposte e delle tasse.

L'art. 29, 1° comma, lett. e. e f., della direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla

gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente

*- in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o
- in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o*

- mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine¹.

¹ La Corte di giustizia, nella sentenza sopra massimata, ha statuito sulla possibilità di escludere da una gara d'appalto pubblico soggetti/prestatori di servizi che non sono in regola con il pagamento dei contributi previdenziali e delle imposte.

Il TAR del Lazio ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni sull'interpretazione dell'art. 29, 1° comma, lett. *e* e *f*., della direttiva del Consiglio n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (in *Guce* n. L 209 del 92, p. 1), ai sensi del quale è possibile escludere dalla partecipazione ad una gara d'appalto i prestatori di servizi che non abbiano adempiuto i loro obblighi riguardanti, rispettivamente, il pagamento dei contributi di sicurezza sociale e il pagamento delle imposte e delle tasse.

La direttiva n. 92/50/Cee è stata recepita nel nostro ordinamento con il dlgs del 17 marzo 1995, n. 157 (in *Guri* n. 104 del 6 maggio 1995). L'art. 12, lett. *d*. ed *e*., di tale decreto, come sostituito dall'art. 10 del dlgs del 25 febbraio 2000, n. 65 (in *Guri* n. 70 del 24 marzo 2000) prevede che: «(...) sono esclusi dalla partecipazione alle gare i concorrenti che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti».

Le imprese italiane La Cascina Soc. coop. a r.l., Zilch Srl ed il Consorzio G.f.M. hanno partecipato ad una gara per l'attribuzione dei servizi di ristorazione degli enti e dei dipartimenti del Ministero della Difesa. Con una decisione del 4 dicembre 2003, l'amministrazione aggiudicatrice ha escluso dalla procedura di gara la Cascina, la Zilch e il G.f.M.; la Cascina e il G.f.M. perché non erano in regola con gli obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale a favore dei lavoratori, la Zilch per il fatto che non era in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte.

Le imprese hanno così chiesto l'annullamento della decisione dinanzi al TAR del Lazio. In particolare, La Cascina e il G. f. M. hanno fatto valere che il mancato pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali era stato regolarizzato *ex post*, mentre la Zilch si difendeva affermando di aver beneficiato di un condono fiscale e di sgravio.

Il TAR del Lazio, ritenendo indispensabile un'interpretazione della Corte di giustizia dell'art. 29 della direttiva n. 92/50/Cee, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali. In particolare:

a. se l'art. 29, 1° comma, lett. *e* e *f*., della direttiva contrasta con una disposizione nazionale la quale fa riferimento alla situazione del prestatore di servizi che «non è in regola» con i suoi obblighi previdenziali o tributari;

b. in quale momento il prestatore di servizi debba fornire la prova del rispetto di tali obblighi; e

c. se un prestatore di servizi, in ritardo nel pagamento dei contributi previdenziali e che abbia ottenuto dalle autorità competenti una rateizzazione del pagamento di questi contributi o imposte o abbia presentato un ricorso amministrativo o giurisdizionale inteso a contestare l'esistenza o l'importo dei suoi obblighi previdenziali o dei suoi obblighi tributari, debba o meno essere considerato nel senso che non ha adempiuto i suoi obblighi previdenziali o tributari previsti dalla direttiva n. 92/50/Cee.

L'art. 29 della direttiva, nell'elencare sette cause di esclusione dei candidati dalla partecipazione ad un appalto (l'art. 29, inserito nel capitolo 2 del titolo VI della direttiva, intitolato «Criteri di selezione qualitativa»), non prevede una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello comunitario, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tali cause di esclusione, scegliendo la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale.

La Corte di giustizia si è soffermata poi sull'espressione contenuta nella direttiva: «non aver adempiuto ai suoi obblighi» precisando che è compito delle autorità nazionali determinare il contenuto e la portata degli obblighi di cui trattasi, nonché le condizioni del loro adempimento.

Ne consegue che spetta alle norme nazionali la fissazione dei termini entro i quali gli interessati devono aver effettuato i pagamenti dovuti oppure aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono state soddisfatte (i termini potranno essere, per esempio, la data limite per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta, la data limite della presentazione delle offerte dei candidati, etc.).

Infine, in considerazione del fatto che l'importo e la scadenza degli obblighi in materia tributaria e previdenziale sono definiti dal diritto nazionale e che è sulla base del diritto nazionale che vengono determinati sia il contenuto che la portata della nozione «aver adempiuto i suoi obblighi», la Corte di giustizia ha concluso affermando che non contrasta con il diritto comunitario la normativa italiana secondo cui, in caso di misure di sanatoria o di condono fiscale, nonché in seguito ad un concordato, i candidati interessati sono considerati in regola con i loro obblighi al fine della loro ammissione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto, a condizione che, entro i termini sopra indicati, siano in grado di dare la prova di aver beneficiato di misure di sanatoria o di condono fiscale, di un concordato relativamente ai loro debiti o di aver presentato un ricorso amministrativo o giurisdizionale.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LE CIRCOSTANZE SECONDO LE QUALI I LAVORATORI TRANSFRONTALIERI POSSONO USUFRUIRE DEGLI ASSEGNI DI ASSISTENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 21 febbraio 2006 in causa n. C-286/03

Silvia Hosse c. Land Salzburg

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Sicurezza sociale dei lavoratori migranti - Regolamento Cee n. 1408/71 - Art. 4, n. 2 *ter* - Art. 19 - Prestazioni speciali a carattere non contributivo - Prestazione austriaca destinata a coprire il rischio di mancanza di autonomia - Qualificazione della prestazione e legittimità della condizione di residenza rispetto al regolamento n. 1408/71 - Aventi diritto dell'assicurato - Ammissibilità di un requisito di residenza ai sensi del regolamento Cee n. 1408/71 - Vantaggio sociale ai sensi del regolamento Cee n. 1612/68 - Contrasto - Sussistenza.

Un assegno di assistenza come quello previsto dal Salzburger Pflegegeldgesetz non costituisce una prestazione speciale a carattere non contributivo

ai sensi dell'art. 4, n. 2 ter, del regolamento Cee del Consiglio 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, ma una prestazione di malattia ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a., di tale regolamento¹.

Il familiare di un lavoratore dipendente impiegato nel Land Salisburgo, il quale risiede con la famiglia in Germania, può, qualora possieda gli altri requisiti per la concessione, richiedere all'istituzione competente del luogo di impiego del lavoratore dipendente il pagamento di un assegno di assistenza come quello previsto dal Salzburger Pflegegeldgesetz, in quanto prestazione di malattia in denaro, ai sensi dell'art. 19 del regolamento Cee n. 1408/71, purché il familiare non abbia diritto ad una prestazione analoga in base alla normativa dello Stato nel cui territorio risiede².

¹⁻² Il versamento di un assegno di assistenza può essere subordinato al fatto che il soggetto che lo percepisce sia residente nel territorio nazionale? La Corte di giustizia ha risolto questo interrogativo nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la signora Hosse, in qualità di figlia gravemente disabile di un lavoratore frontaliere il quale risiede con la propria famiglia in Germania e lavora in Austria come insegnante e, dall'altro lato, il Land Salisburgo (Austria) in merito al rifiuto, da parte di questo ente, di riconoscere alla signorina l'assegno di assistenza previsto dalla pertinente normativa del Land Salisburgo.

L'assegno di assistenza del Land (Landespflegegeld) spetta alle persone prive di autonomia che non hanno diritto ad un assegno di assistenza in base al Bundespflegegeldgesetz (legge federale sull'assegno di assistenza).

Il Land Salisburgo respingeva la domanda per l'assegno di assistenza a favore della signorina Hosse per il fatto che la stessa non aveva la residenza principale in tale Land. Il giudice di primo grado, investito di un ricorso contro tale decisione, lo ha rigettato. Esso ha ritenuto che l'assegno in questione costituisca, per la signorina Hosse, una prestazione speciale a carattere non contributivo, non disciplinata dal regolamento n. 1408/71, e quindi non esportabile.

Di contro, il giudice d'appello, facendo riferimento alla sentenza della Corte dell'8 marzo 2001 in causa n. C-215/99, *Jauch* (in *Raccolta*, 2001, p. I-1901), ha ritenuto che l'assegno in questione costituisca anch'esso una prestazione di malattia ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a., del regolamento 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, come modificato e aggiornato dal regolamento Ce del Consiglio del 29 aprile 1999, n. 1399 (in *Guce* n. L 164 del 1999, p. 1), e che tale prestazione in denaro possa essere esportata, come avviene per l'assegno di assistenza statale austriaco e secondo i principi ad esso applicabili.

Nella sentenza *Jauch* citata, la Corte aveva già affermato che l'assegno di assistenza federale costituisce una prestazione della sicurezza sociale in caso di malattia che non può, ai sensi del regolamento Cee n. 1408/1971, essere subordinata ad un requisito di residenza. A causa di alcune differenze nel finanziamento della prestazione e nel novero dei beneficiari, l'assegno di assistenza del Land – a differenza dell'assegno di assistenza federale – potrebbe essere qualificato come prestazione speciale a carattere non contributivo, pagabile quindi, a causa della sua affinità con interventi di assistenza sociale, soltanto a persone residenti nel territorio nazionale.

Investito del ricorso contro la decisione del giudice d'appello, la Corte di cassazione austriaca ha sospeso il giudizio e ha chiesto alla Corte di pronunciarsi.

In *primis* la Corte di giustizia ha chiarito come la prestazione di assistenza sociale non possa essere considerata una prestazione speciale a carattere non contributivo. L'assegno di

assistenza di cui si tratta, pertanto, costituisce una prestazione malattia ai sensi del regolamento: le prestazioni che vengono concesse secondo criteri obiettivi e che hanno lo scopo di migliorare le condizioni di salute e di vita delle persone prive di autonomia, hanno essenzialmente l'obiettivo di integrare le prestazioni dell'assicurazione malattia, e devono essere considerate «prestazioni di malattia» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a., del regolamento Cee n. 1408/71 (cfr. le sentenze del 5 marzo 1998 in causa n. C-160/96, *Molenaar*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 843 e *Jauch*, *cit.*; cfr. anche sull'argomento le sentenze del 27 marzo 1985 in causa n. 249/83, *Hoeckx*, in *Raccolta*, 1985, p. 973 e del 16 luglio 1992 in causa n. C-78/91, *Hughes*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4839).

La Corte, inoltre, ha precisato che il signor Hosse è un lavoratore dipendente rientrante nel campo di applicazione del regolamento Cee n. 1408/71 e che il diritto all'assegno di assistenza è un diritto proprio della figlia. Ciò non impedisce che la signorina Hosse possa beneficiare del diritto all'assegno di assistenza del Land Salisburgo, anche se essa risiede in Germania, purché possieda gli altri requisiti per la concessione previsti dal regolamento. L'art. 19 del regolamento mira a garantire ai lavoratori, nonché ai loro familiari che risiedono in uno Stato membro diverso da quello competente, l'erogazione delle prestazioni di malattia previste dalla normativa applicabile, a condizione che i familiari non abbiano diritto a tali prestazioni in base alla normativa dello Stato nel territorio nel quale risiedono. Inoltre, l'art. 19, par. 2 del regolamento stesso prevede che: «Qualora i familiari risiedano sul territorio di uno Stato membro secondo la cui legislazione il diritto alle prestazioni in natura non è subordinato a condizioni di assicurazione o d'occupazione, si presume che le prestazioni in natura siano loro corrisposte per conto dell'istituzione alla quale il lavoratore subordinato [o] autonomo è iscritto, salvo il caso in cui il coniuge o la persona che ha cura dei figli eserciti un'attività professionale nel territorio di detto Stato membro».

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso nel senso che privare la figlia di un lavoratore transfrontaliero del beneficio di una prestazione cui essa avrebbe diritto se fosse residente nello Stato competente, contrasta con le disposizioni contenute nel regolamento Cee n. 1408/71.

LA SENTENZA DI UN GIUDICE NAZIONALE PASSATA IN GIUDICATO NON PUÒ PIÙ ESSERE RIMESSA IN DISCUSSIONE ANCHE SE VIOLA IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04

Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Competenza giurisdizionale in materia civile - Regolamento Ce n. 44/2001 - Interpretazione dell'art. 15 - Competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori - Promessa di vincita - Pubblicità ingannevole - Decisione giurisdizionale che statuisce sulla competenza - Efficacia di giudicato - Riapertura in sede d'appello - Certezza del diritto - Primato del diritto comunitario - Art. 10 CE.

Nel disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la salvaguardia dei diritti derivanti, per i privati, dall'effetto diretto delle norme comunitarie, gli Stati membri devono far sì che tali modali-

tà non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) [v., in tal senso, sentenza del 16 maggio 2000 in causa n. C-78/98, Preston e a., in Raccolta, 2000, I, p. 3201(...)]. Orbene, il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale, per quanto attiene al procedimento d'appello¹.

Il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario².

¹⁻² La Corte, con la questione pregiudiziale sottoposta, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Landesgericht Innsbruck (Austria) ha dovuto accertare se la giurisdizione di rinvio sia tenuta, in virtù dell'art. 10 CE, a riesaminare una decisione giudiziaria passata in giudicato qualora la consideri contraria al diritto comunitario.

Inoltre, la Corte ha interpretato l'art. 15 del regolamento Ce n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1), ai sensi del quale: «Salve le disposizioni dell'art. 4 e dell'art. 5, punto 5, la competenza in materia di contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale è regolata dalla presente sezione: (...) c. in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività».

La controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale ha visto contrapposti, da un lato, la signora Kapferer, cittadina austriaca e, dall'altro, la società tedesca di vendita per corrispondenza Schlank & Schick GmbH, con riferimento ad un'azione diretta a far condannare quest'ultima ad assegnare alla ricorrente una vincita, poiché tale società, tramite una lettera inviata per posta, aveva suscitato nella signora Kapferer l'impressione che le fosse stato attribuito un premio. Il punto in fatto riguardava l'effettivo invio di un'ordinazione di prodotti da parte della signora Kapferer da cui poteva dedursi l'esistenza di un obbligo contrattuale in capo alla società tedesca.

Non avendo ricevuto il premio, la signora Kapferer citava in giudizio la società chiedendone la condanna sulla base della legge austriaca sulla tutela dei consumatori (Konsumentenschutzgesetz). La Schlank & Schick, richiamando il regolamento comunitario concernente la competenza giurisdizionale, sollevava un'eccezione di incompetenza del giudice adito. Questi respingeva tale eccezione e la signora Kapferer presentava ricorso in appello sul merito, mentre la Schlank & Schick non impugnava la decisione di primo grado quanto alla giurisdizione facendo così diventare la decisione definitiva su tale aspetto.

Il giudice del rinvio, ritenendo indispensabile chiarire la competenza del Bezirksgericht Hall in Tirol si è rivolto alla Corte di giustizia affinché decidesse in merito ad un eventuale obbligo del giudice nazionale – derivante dall'art. 10 del Trattato Ce sulla cooperazione - di riesaminare e di annullare una decisione passata in giudicato qualora risultasse in contrasto con la normativa comunitaria.

La Corte, *in primis*, ha richiamato il principio dell'autorità della cosa giudicata. Al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è necessario, infatti, che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili in ambito nazionale o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi, non possano più essere rimesse in discussione (cfr. sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e

massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55).

In secondo luogo, la Corte ha precisato che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche nell'ipotesi in cui ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario (cfr., in tal senso, sentenza del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055). Ad analoga conclusione è pervenuto l'Avvocato Generale A. Tizzano nelle proprie conclusioni presentate in data 10 novembre 2005. E tale statuizione non viene rimessa in discussione neppure dalla sentenza *Kühne & Heitz* (sentenza del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837 e in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, 2004, p. 489) richiamata dal giudice del rinvio. Questi, infatti, aveva fatto riferimento ai principi affermati in tale sentenza relativi all'obbligo, imposto ad un organo amministrativo, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva che era risultata contraria al diritto comunitario in seguito ad una sentenza successiva emessa dalla Corte di giustizia.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL GIUDICE DI MERITO PUÒ DISAPPLICARE UNA NORMA NAZIONALE RESTRITTIVA DELLA CIRCOLAZIONE DEI PRODOTTI CHE NON SIA STATA NOTIFICATA ALLA COMMISSIONE EUROPEA AI SENSI DELLA DIRETTIVA N. 98/34/CE

Tribunale di Voghera
Sentenza del 3-14 febbraio 2006 n. 17/06*

Lidl Italia Srl c. Comune di Stradella

Ingiunzione di pagamento - Opposizione ex art. 22 l. n. 698/1981 - Art. 19 l. n. 93/2001 - Disposizioni in campo ambientale - Rinvio degli atti alla Corte di giustizia Ce - Quesiti pregiudiziali - Sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-303/04 - Norme e regolamentazioni tecniche - Direttiva n. 98/34/Ce - Nozione di «regola tecnica» - Bastoncini per la pulizia delle orecchie non biodegradabili (*cotton-stick*) - Mancata notifica alla Commissione delle Comunità europee - Disapplicazione della normativa nazionale.

L'art. 19 della legge 23 marzo 2001, n. 93 è da intendersi quale "regola tecnica" comportando il «divieto di porre in vendita bastoncini per la pulizia delle orecchie non fabbricati con materiale biodegradabile come richiesto da una disposizione nazionale».

L'art. 8 della direttiva n. 98/34 come modificata dalla direttiva n. 98/48 è da interpretarsi nel senso che una regola tecnica, quale quella in parola, deve essere notificata alla Commissione delle Comunità europee previamente alla sua applicazione.

* In argomento v. *infra*, p. 87 ss., la nota di ENRICA ADOBATI.

È compito del Giudice nazionale disapplicare una disposizione del diritto nazionale che costituisca regola tecnica una volta accertato che la stessa non è stata notificata alla Commissione.

(Omissis) In diritto

Così come dedotto nell'atto introduttivo, la presente opposizione è stata radicata al fine di ottenere, previa sospensione del giudizio e trasmissione degli atti alla Commissione [*rectius*: Corte *n.d.r.*] di giustizia in punto applicabilità della normativa oggetto di contestazione ovvero art. 19 della L. 23 marzo 2001 n. 93, la revoca dell'ordinanza n. 17 del 29 luglio 2003 emessa da parte del Comune di Stradella (PV) ad irrogare la sanzione di € 3.098,00.

Detto provvedimento era stato emesso sulla base di verbale di contestazione n. 5 del 18 febbraio 2003 elevato dal Comando della Polizia Municipale di Stradella per la contestata violazione del disposto del dlgo [*rectius*: legge *n.d.r.*] 23 marzo 2001 in relazione alla vendita, presso l'esercizio commerciale della società opponente, di bastoncini per la pulizia delle orecchie in materiale non degradabile.

Sulla base di quanto rilevato dalla difesa di parte opponente, la normativa in questione, dovendo essere interpretata quale "regola tecnica" a norma della direttiva n. 98/Ce [*rectius*: 98/48/Ce *n.d.r.*], avrebbe dovuto esser notificata alla Commissione europea da parte del Governo italiano onde ottenerne l'autorizzazione all'applicazione e la conseguente dichiarazione di legittimità.

Come anticipato, il Giudice, sospeso il giudizio ha provveduto in conformità a quanto richiesto dalla difesa attorea alla trasmissione degli atti alla Corte di giustizia onde ottenere parere definitivo sulla questione nei termini proposti.

Con sentenza 8 settembre 2005, la Corte di giustizia, quinta sezione, ha dichiarato in effetti come l'art. 19 della legge 23 marzo 2001, n. 93 è da intendersi quale "regola tecnica" comportando il «divieto di porre in vendita bastoncini per la pulizia delle orecchie non fabbricati con materiale biodegradabile come richiesto da una disposizione nazionale».

La Corte ha disposto inoltre che l'art. 8 della direttiva n. 98/34 come modificata dalla direttiva n. 98/48 è da interpretarsi nel senso che una regola tecnica, quale quella in parola, deve essere notificata alla Commissione delle Comunità europee previamente alla sua applicazione.

La Corte ha infine disposto che è compito del Giudice nazionale disapplicare una disposizione del diritto nazionale che costituisca regola tecnica una volta accertato che la stessa non è stata notificata alla Commissione.

Con comunicazione successiva, ad integrazione della sopra riportata sentenza, veniva chiarito come in effetti la normativa in questione non sia stata notificata alla Commissione da parte delle autorità italiane.

Non resta dunque che, nel rispetto dei principi sopra riportati, disapplicare la normativa di cui all'art. 19 della legge n. 93 del 23 marzo 2001 stante la constatata illegittimità della stessa nei termini anzidetti e conseguentemente disporre l'annullamento della ordinanza [*rectius*: di *n.d.r.*] ingiunzione impugnata.

(Omissis)

**LE NORME CONTENUTE NELLA LEGGE ITALIANA N. 93/2001,
CHE VIETANO L'UTILIZZO DEI «COTTON STICK» PRODOTTI
CON MATERIALE NON BIODEGRADABILE, POSSONO ESSERE
DISAPPLICATE DAL GIUDICE NAZIONALE**

Con la sentenza, sopra riportata, il Tribunale di Voghera ha accolto il ricorso della ricorrente LIDL Italia Srl (di seguito: LIDL) disapplicando la norma italiana sulla quale le autorità competenti avevano fondato il sequestro dei prodotti contestati nonché l'applicazione della relativa sanzione amministrativa. Questa norma risulta contenuta nell'art. 19 della l. n. 93 del 23 marzo 2001 recante disposizioni in campo ambientale¹ e, come regola tecnica, avrebbe dovuto essere notificata alla Commissione europea ai sensi della direttiva n. 83/189/Cee (oggi abrogata e sostituita dal testo codificato ripreso nella direttiva n. 98/34/Ce²). Tale notifica non è mai stata effettuata.

Questi sono, in estrema sintesi, i fatti di causa.

Il 7 febbraio 2003, i Vigili urbani del Comune di Stradella procedevano, nel supermercato della LIDL sito sul territorio di tale Comune, al sequestro di alcune confezioni (scatole) contenenti bastoncini cotonati provenienti dalla Francia³ (i c.d. *cotton stick*), al fine di verificarne la conformità alla citata disposizione dell'art. 19 della l. n. 93/2001.

L'art. 19 della l. n. 93/2001 dispone che: «1. Al fine di prevenire la dispersione nell'ambiente, anche tramite gli scarichi fognari, di prodotti non biodegradabili, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, i bastoncini per la pulizia delle orecchie commercializzati sul territorio nazionale dovranno essere prodotti esclusivamente con l'impiego di materiale biodegradabile, secondo le norme UNI 10785. 2. La produzione e la commercializzazione dei prodotti indicati al comma 1 che non abbiano le caratteristiche ivi indicate costituiscono, decorso il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, illeciti sanzionati in via amministrativa (...)».

I Vigili urbani, dopo aver constatato la non biodegradabilità dei bastoncini cotonati, irrogavano alla LIDL una sanzione amministrativa di un importo pari a € 3.098,00 per la violazione commessa. A seguito del mancato pagamento della sanzione, il Sindaco del Comune di Stradella notificava alla società LIDL l'ingiunzione di pagamento della sanzione predetta.

La LIDL impugnava l'ingiunzione dinanzi al Tribunale di Voghera sostenendo

¹ In *Guri* n. 79 del 4 aprile 2001.

² In *Guce* n. L 204 del 21 luglio 1998.

³ Tali bastoncini erano stati acquistati da un produttore francese, la società Lemoine SA.

che l'art. 19 della l. n. 93/2001, sopra riportato, non essendo mai stato notificato alla Commissione non avrebbe potuto trovare applicazione nell'ordinamento italiano perché contrario alla normativa comunitaria relativa alla procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

Il Tribunale di Voghera, prima di statuire sulla questione, decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per far interpretare la normativa comunitaria appena richiamata, formulando una serie di quesiti interpretativi ai sensi dell'art. 234 CE⁴.

La direttiva n. 98/34/Ce, la cui interpretazione è stata richiesta alla Corte di giustizia, costituisce, come è noto, uno strumento di carattere procedurale che consente alla Commissione europea di intervenire in via preventiva, grazie alla tempestiva notifica di una disposizione nazionale suscettibile di incidere sulla circolazione di determinati prodotti⁵, per evitare, appunto, che la loro circolazione venga ostacolata. Più precisamente, come è pure noto, la direttiva prevede un'apposita procedura di informazione nel campo delle regole tecniche: gli Stati membri devono notificare alla Commissione ogni progetto di regola tecnica (o di modifica di una regola tecnica), prima di adottarla in via definitiva e, ovviamente, prima di darvi applicazione. Infatti, l'art. 8, n. 1, 1° comma, della direttiva n. 98/34/Ce stabilisce che: «Fatto salvo l'art. 10, gli Stati membri comunicano immediatamente alla Commissione ogni progetto di regola tecnica, salvo che si tratti del semplice recepimento integrale di una norma internazionale e europea, nel qual caso è sufficiente una semplice informazione sulla norma stessa. Essi le comunicano brevemente anche i motivi che rendono necessario adottare la regola tecnica a meno che non risultino già dal progetto»⁶.

È risaputo che la giurisprudenza della Corte di giustizia è costante nel condannare gli Stati membri che abbiano applicato regole tecniche senza averle preventivamente notificate alla Commissione. Nella sentenza *Cia c. Security*⁷, la Corte ha affermato che

⁴ Questi sono i quesiti interpretativi proposti dal Tribunale di Voghera alla Corte di giustizia: «1. Se le disposizioni contenute nell'art. 1 della direttiva n. 83/189/Cee (ora n. 98/34/Ce, nella versione attualmente in vigore), sulle norme e regolamentazioni tecniche, devono essere interpretate nel senso che rientra nella nozione di "regola tecnica", di cui al citato art. 1, una disposizione legislativa nazionale, come l'art. 19 della legge del 23 marzo 2001, n. 93, che vieta la commercializzazione in Italia dei bastoncini per la pulizia delle orecchie (meglio conosciuti come "cotton-sticks") in quanto fabbricati con materiale non biodegradabile. 2. In caso di risposta affermativa al quesito n. 1, se la disposizione dell'art. 19 della legge del 23 marzo 2001, n. 93, sopra indicata, doveva essere previamente notificata alla Commissione (...), su iniziativa del governo italiano, ai sensi dell'art. 8 della direttiva n. 83/189/Cee (ora n. 98/34/Ce) allo scopo di farne autorizzare l'applicazione in Italia ai sensi degli artt. 8 e 9 della direttiva predetta. 3. In caso di risposta affermativa al quesito n. 2 e in caso di mancata notifica alla Commissione (...) dell'art. 19 della legge n. 93/2001 sopra citato, se i principi e le regole a tutela della libera circolazione delle merci di cui all'art. 28 (...) CE, in combinazione con le disposizioni della direttiva n. 83/189/Cee (ora n. 98/34/Ce), consentano al giudice italiano di disapplicare la citata disposizione nazionale da considerarsi illegittima, in quanto applicabile a prodotti provenienti da un altro Paese dell'Unione europea».

⁵ Con riguardo ai settori, le disposizioni di cui alla direttiva n. 98/34/Ce si applicano a tutti i prodotti di fabbricazione industriale, nonché ai prodotti agricoli, pesca compresa. Tale direttiva riguarda, pertanto, anche i *cotton-stick*, considerati nella causa qui esaminata.

⁶ Cfr., in particolare, le sentenze richiamate dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2005 in causa n. C-303/04, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7865; del 17 settembre 1996 in causa n. C-289/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4405 e del 7 maggio 1998 in causa n. C-145/97, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2643.

⁷ Cfr., in tal senso, le sentenze del 30 aprile 1996 in causa n. C-194/94, *CIA Security International*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2201 e del 16 giugno 1998 in causa n. C-226/97, *Lemmens*, in

la direttiva n. 83/189/Cee (oggi direttiva n. 98/34/Ce) va interpretata nel senso che «(...) l'inadempimento dell'obbligo di notifica comporta l'inapplicabilità delle regole tecniche di cui trattasi e che esse pertanto non possono essere opposte ai singoli (...)»⁸.

Tale giurisprudenza è stata confermata dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *Unilever* pronunciata il 26 settembre 2000⁹ consentendo al Tribunale di Milano di darvi applicazione nel nostro ordinamento¹⁰.

Nella presente fattispecie, la Corte di giustizia, con la sentenza dell'8 settembre 2005¹¹, ha considerato la norma sopra riportata, vale a dire la disposizione di cui all'art. 19 della l. n. 93 del 23 marzo 2001, come una norma tecnica che l'Italia aveva l'obbligo di notificare alla Commissione¹².

Il Tribunale di Voghera, pertanto, fondandosi sulla sentenza della Corte di giustizia, ha disposto la disapplicazione della norma italiana contestata. In particolare, la sentenza del Tribunale di Voghera ha affermato che è compito del giudice nazionale disapplicare una disposizione del diritto nazionale che costituisce una regola tecnica, quale quella di cui all'art. 19 della l. n. 93/2001, una volta accertato che essa non è stata notificata alla Commissione europea prima della sua adozione.

Il Tribunale di Voghera, in sostanza, ha fatto propri i principi affermati dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2005 e ha disapplicato la norma italiana stante la sua illegittimità.

Si può concludere osservando che, se si vuole ridurre l'utilizzo di determinati prodotti, occorre definire con precisione quali tecniche usare per contenere l'inquinamento. Per esempio, sulle bottiglie vi è la dicitura: «non disperdere nell'ambiente». Ciò vale per le bottiglie di plastica come per tutte le altre bottiglie.

Enrica Adobati

Raccolta, 1998, I, p. 3711.

⁸ Cfr. punto 54 della sentenza n. C-194/94, *cit. supra*, nota 7.

⁹ Cfr. sentenza del 26 settembre 2000 in causa n. C-443/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7535, punti 7, 8 e 10) e in questa *Rivista*, 2001, p. 53, con commento di F. CAPELLI, *Lo Stato non può modificare le disposizioni nazionali in materia di etichettatura senza la preventiva autorizzazione della Commissione europea*, p. 61. La Corte, infatti, in sentenza, ha ribadito che: «(...) la direttiva n. 83/189 dev'essere interpretata nel senso che l'inadempimento dell'obbligo di notifica comporta l'inapplicabilità delle regole tecniche di cui trattasi, di modo che esse non possono essere opposte ai singoli, e che i singoli possono così avvalersi degli artt. 8 e 9 della direttiva n. 83/189 dinanzi al giudice nazionale, cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente alla detta direttiva».

¹⁰ Sotto il profilo amministrativo, la direttiva in questione prevede che le autorità comunitarie hanno il potere di sospendere, per un periodo di tempo che differisce a seconda delle diverse fattispecie, l'adozione del progetto notificato. L'obbligo di notificazione previsto, in particolare, dall'art. 8, n. 1, 1° comma, della direttiva n. 98/34/Ce costituisce un mezzo essenziale per l'attuazione del controllo comunitario. Cfr. sentenza del Tribunale di Milano n. 13267/02 del 2 settembre - 4 novembre 2002, *Central Food Spa c. Unilever Spa*, in questa *Rivista*, 2003, p. 539 con commento di F. CAPELLI, *Disapplicazione di norme interne notificate in base alla «direttiva allarme» n. 83/189 (ora n. 98/34) e limiti all'obbligo degli Stati membri di sospendere l'applicazione delle norme notificate*, p. 541 ss.

¹¹ In causa n. C-303/04, *Lidl Italia Srl c. Comune di Stradella*, *cit. supra*, nota 6. Per un commento alla sentenza della Corte si rimanda a A. GRATANI, *Sul divieto di uso dei nettaorecchie non biodegradabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, p. 262.

¹² La Corte di giustizia richiama, in proposito, la sentenza del 21 aprile 2005 in causa n. C-267/03, *Lindberg*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3247 nella quale è stato statuito che una disposizione nazionale di uno Stato membro che vieti la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto dev'essere considerata compresa nella categoria delle regole tecniche.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

UNA DIRETTIVA ANOMALA CHE HA CREATO PIÙ PROBLEMI DI QUANTI NE ABBIAMO RISOLTI

Direttiva n. 2004/41/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che abroga alcune direttive recanti norme sull'igiene dei prodotti alimentari e le disposizioni sanitarie per la produzione e la commercializzazione di determinati prodotti di origine animale destinati al consumo umano e che modifica le direttive n. 89/662/Cee e n. 92/118/Cee del Consiglio e la decisione n. 95/408/Ce del Consiglio*

(Omissis)

Articolo 2

Le seguenti direttive sono abrogate con effetto dalla data pertinente:

1. direttiva n. 64/433/Cee del Consiglio, del 26 giugno 1964, relativa alle condizioni sanitarie per la produzione e l'immissione sul mercato di carni fresche¹¹;
2. direttiva n. 71/118/Cee del Consiglio, del 15 febbraio 1971, relativa a problemi sanitari in materia di produzione e di immissione sul mercato di carni fresche di volatili da cortile¹²;
3. direttiva n. 72/461/Cee del Consiglio, del 12 dicembre 1972, relativa a problemi di polizia sanitaria in materia di scambi intracomunitari di carni fresche¹³;

* La direttiva n. 2004/41/Ce è pubblicata in *Gu-Ue* n. L 157 del 30 aprile 2004, p. 33. La rettifica di tale direttiva è pubblicata nella *Gu-Ue* n. L 195 del 2 giugno 2004, p. 12. In argomento v. *infra*, p. 95 ss. la nota di *FAUSTO CAPELLI*.

¹¹ *Guce* n. 121 del 29 luglio 1964, p. 2012/64. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva n. 95/23/Ce (*Guce* n. L 243 dell'11 ottobre 1995, p. 7).

¹² *Guce* n. L 55 dell'8 marzo 1971, p. 23. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 807/2003.

¹³ *Guce* n. L 302 del 31 dicembre 1972, p. 24. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 807/2003.

4. direttiva n. 77/96/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1976, concernente la ricerca delle trichine all'importazione dai paesi terzi di carni fresche provenienti da animali domestici della specie suina¹⁴;

5. direttiva n. 77/99/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1976, relativa a problemi sanitari in materia di produzione e di commercializzazione di prodotti a base di carne e di alcuni prodotti di origine animale¹⁵;

6. direttiva n. 80/215/Cee del Consiglio, del 22 gennaio 1980, relativa a problemi di polizia sanitaria negli scambi intracomunitari di prodotti a base di carni¹⁶;

7. direttiva n. 89/362/Cee della Commissione, del 26 maggio 1989, relativa alle condizioni igieniche generali nelle aziende produttrici di latte¹⁷;

8. direttiva n. 89/437/Cee del Consiglio, del 20 giugno 1989, concernente i problemi igienici e sanitari relativi alla produzione ed immissione sul mercato degli ovoprodotti¹⁸;

9. direttiva n. 91/492/Cee del Consiglio, del 15 luglio 1991, che stabilisce le norme sanitarie applicabili alla produzione e alla commercializzazione dei molluschi bivalvi vivi¹⁹;

10. direttiva n. 91/493/Cee del Consiglio, del 22 luglio 1991, che stabilisce le norme sanitarie applicabili alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti della pesca²⁰;

11. direttiva n. 91/494/Cee del Consiglio, del 26 giugno 1991, relativa alle norme di polizia sanitaria per gli scambi intracomunitari e le importazioni in provenienza dai paesi terzi di carni fresche di volatili da cortile²¹;

12. direttiva n. 91/495/Cee del Consiglio, del 27 novembre 1990, relativa ai problemi sanitari e di polizia sanitaria in materia di produzione e di commercializzazione di carni di coniglio e di selvaggina d'allevamento²²;

13. direttiva n. 92/45/Cee del Consiglio, del 16 giugno 1992, relativa ai problemi sanitari e di polizia sanitaria in materia di uccisione di selvaggina e di commercializzazione delle relative carni²³;

¹⁴ *Guce* n. L 26 del 31 gennaio 1977, p. 67. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 807/2003.

¹⁵ *Guce* n. L 26 del 31 gennaio 1977, p. 85. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 807/2003.

¹⁶ *Guce* n. L 47 del 21 febbraio 1980, p. 4. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 807/2003.

¹⁷ *Guce* n. L 156 dell'8 giugno 1989, p. 30.

¹⁸ *Guce* n. L 212 del 22 luglio 1989, p. 87. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

¹⁹ *Guce* n. L 268 del 24 settembre 1991, p. 1. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

²⁰ *Guce* n. L 268 del 24 settembre 1991, p. 15. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

²¹ *Guce* n. L 268 del 24 settembre 1991, p. 35. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva n. 1999/89/Ce (*Guce* n. L 300 del 23 novembre 1999, p. 17).

²² *Guce* n. L 268 del 24 settembre 1991, p. 41. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

²³ *Guce* n. L 268 del 14 settembre 1992, p. 35. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

14. direttiva n. 92/46/Cee del Consiglio, del 16 giugno 1992, che stabilisce le norme sanitarie per la produzione e la commercializzazione di latte crudo, di latte Trattato termicamente e di prodotti a base di latte²⁴;

15. direttiva n. 92/48/Cee del Consiglio, del 16 giugno 1992, che stabilisce le norme igieniche minime applicabili ai prodotti della pesca ottenuti a bordo di talune navi conformemente all'art. 3, par. 1, lett. a., punto i), della direttiva 91/493/Cee²⁵; e

16. direttiva n. 94/65/Ce del Consiglio, del 14 dicembre 1994, che stabilisce i requisiti applicabili all'immissione sul mercato di carni macinate e di preparazioni di carni²⁶.

(*Omissis*)

Articolo 4

1. Con effetto dalla data pertinente i riferimenti alle direttive elencate nell'art. 2 o all'allegato II della direttiva n. 92/118/Cee sono intesi, a seconda del contesto, come riferimenti ai seguenti atti:

a. regolamento (Ce) n. 853/2004;

b. regolamento (Ce) n. 854/2004;

oppure

c. direttiva n. 2002/99/Ce.

2. In attesa dell'adozione di criteri microbiologici e requisiti in materia di controllo della temperatura secondo quanto previsto dall'art. 4 del regolamento (Ce) n. 852/2004 continuano ad applicarsi i criteri e i requisiti stabiliti nelle direttive di cui all'art. 2, nell'allegato II della direttiva n. 92/118/Cee o nelle relative norme di attuazione.

3. In attesa dell'adozione delle disposizioni necessarie in base al regolamento (Ce) n. 852/2004, al regolamento (Ce) n. 853/2004, al regolamento (Ce) n. 854/2004 ovvero alla direttiva n. 2002/99/Ce, continuano ad applicarsi, *mutatis mutandis*, i seguenti atti:

a. norme di attuazione adottate in base alle direttive di cui all'art. 2;

b. norme di attuazione adottate in base all'allegato II della direttiva n. 92/118/Cee, eccettuata la decisione n. 94/371/Ce²⁹;

c. norme di attuazione adottate in base alla direttiva n. 72/462/Cee;

e

d. elenchi provvisori dei Paesi terzi e degli stabilimenti di Paesi terzi stilati in conformità della decisione n. 95/408/Ce.

(*Omissis*)

²⁴ *Guce* n. L 268 del 14 settembre 1992, p. 1. Direttiva modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

²⁵ *Guce* n. L 187 del 7 luglio 1992, p. 41.

²⁶ *Guce* n. L 368 del 31 dicembre 1994, p. 10. Direttiva modificata dal regolamento (Ce) n. 806/2003.

²⁹ *Guce* n. L 168 del 2 luglio 1994, p. 34.

LA DIRETTIVA "KILLER" E LE SUE VITTIME*

Per poter sgombrare il terreno e far posto ai nuovi regolamenti comunitari sugli aspetti igienico-sanitari e sui controlli in materia di prodotti alimentari e di mangimi, destinati ad essere applicati a partire dal 1° gennaio 2006 (n. 852/2004; n. 853/2004; n. 854/2004; n. 882/2004 e n. 183/2005)¹, si è letteralmente provveduto ad ordire una strage mirata dei testi normativi previgenti, ma la carica esplosiva, che è stata fatta brillare in anticipo, ha creato problemi organizzativi particolari, rendendo necessario ricercare, tra i resti delle vittime, qualche parte ancora utilizzabile da trapiantare nel tessuto normativo appena costituito, per permettere ai nuovi regolamenti di funzionare almeno fino alla ricostruzione del tessuto normativo mancante. La gestione della strage, per quanto riguarda il settore dei prodotti alimentari, è stata quasi totalmente affidata ad una direttiva "killer", la n. 2004/41² che ha provveduto ad eliminare ben sedici direttive (in materia di prodotti alimentari di origine animale) e in piccola parte al nuovo regolamento n. 852/2004³ il quale, per la verità, si è sgombrato il terreno da solo, eliminando la direttiva n. 93/43 che in passato, come è noto, disciplinava il settore dell'igiene dei prodotti alimentari non di origine animale.

Nel settore dei mangimi, al contrario, non è stato necessario organizzare alcuna strage di testi normativi previgenti, essendo bastata l'adozione del regolamento n. 183/2005⁴, sostitutivo di due direttive ormai superate, per disciplinare un settore che era stato in precedenza del tutto trascurato. In effetti, proprio la mancanza, nel settore dei mangimi, di una disciplina igienico-sanitaria adeguata ha favorito lo scoppio e la diffusione del morbo della "mucca pazza" che ha devastato negli anni '90 il patrimonio zootecnico europeo, provocando una vera strage, questa volta non in senso metaforico, tra gli animali bovini.

Infine, con riferimento ai controlli ufficiali, eseguiti dalle pubbliche Autorità,

* Questa nota è stata pubblicata anche in *Alimenta*, 2005, p. 223.

¹ I riferimenti concernenti i regolamenti citati nel testo verranno successivamente forniti nelle note relative.

² In *Gu-Ue* n. L 195 del 2 giugno 2004, p. 12.

³ In *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 3.

⁴ In *Gu-Ue* n. L 35 dell'8 febbraio 2005, p. 1.

riguardanti tanto le diverse categorie di prodotti alimentari quanto i mangimi, si è proceduto, con uno dei regolamenti sopra citati (n. 882/2004⁵), ad abrogare le direttive precedentemente applicabili nei rispettivi settori, stabilendo che le disposizioni nazionali, attuative delle direttive abrogate, continuano a trovare applicazione fino all'adozione di nuove disposizioni comunitarie sostitutive.

Come si è visto, la rivoluzione introdotta dalla nuova disciplina comunitaria per garantire la sicurezza dei prodotti alimentari e dei mangimi in Europa, a far tempo dal 1° gennaio 2006, ha lasciato sul terreno morti e feriti, ma le vittime che interessano soprattutto il giurista sono quelle provocate dalla direttiva "killer" n. 2004/41, per la curiosa situazione che tale direttiva ha creato sotto il profilo giuridico.

Ma procediamo con ordine, uscendo di metafora per rendere più evidente la stranezza della situazione da esaminare.

Come sopra ricordato, anche alcune disposizioni dei citati regolamenti applicabili dal 1° gennaio 2006 (ad esempio: l'art. 17 del regolamento n. 852/2004 in materia igienico-sanitaria dei prodotti alimentari e l'art. 61 del regolamento n. 882/2004 in materia di controlli ufficiali sugli alimenti e sui mangimi) nel procedere all'abrogazione delle direttive precedentemente in vigore nei rispettivi settori, consentono agli Stati membri di continuare ad applicare determinate disposizioni nazionali attuative delle direttive abrogate, fino al momento dell'adozione delle nuove norme comunitarie destinate a sostituirle.

A tale proposito, per quanto possano sorgere perplessità con riferimento all'individuazione delle norme effettivamente applicabili nei casi concreti, appare evidente che, essendo i regolamenti comunitari direttamente applicabili all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, le prescrizioni in essi contenute sono in ogni caso vincolanti ed i casi dubbi dovranno essere risolti con l'ausilio della tecnica interpretativa che la scienza giuridica mette a disposizione.

Diversa appare invece, sotto il profilo giuridico, la situazione creatasi con l'adozione della direttiva "killer" n. 2004/41.

Questa direttiva, come già accennato, ha abrogato sedici direttive comunitarie precedentemente applicabili in materia igienico-sanitaria, con riferimento ai prodotti alimentari, tra le quali figurano le più importanti direttive disciplinanti in modo verticale gli alimenti di origine animale (ad esempio: direttiva n. 92/46 sul latte e sui prodotti a base di latte; direttiva n. 89/437 sugli ovo-prodotti, etc.).

Orbene, l'art. 4, par. 2 della direttiva "killer" dispone che: «*In attesa dell'adozione di criteri microbiologici e requisiti in materia di controllo della temperatura secondo quanto previsto dall'art. 4 del regolamento (Ce) n. 852/2004, continuano ad applicarsi i criteri e i requisiti stabiliti nelle direttive di cui all'art. 2, nell'Allegato II della direttiva n. 92/118/Cee o nelle relative norme di attuazione*».

Come si vede, alla direttiva n. 2004/41 vengono attribuite le stesse funzioni che sono state assegnate ai regolamenti sopra citati (n. 852/2004 e n. 882/2004), vale a dire, in primo luogo, quella di abrogare (con l'art. 2) le direttive previgenti, e, in se-

⁵ In *Gu-Ue* n. L. 191 del 28 maggio 2004, p. 1. Per completezza di informazione, occorre ricordare che i controlli ufficiali risultano anche disciplinati dal regolamento (Ce) n. 854/2004 relativo ai controlli dei prodotti di origine animale, in *Gu-Ue* n. L. 226 del 25 giugno 2004, p. 83. Questo regolamento non ha però avuto necessità di abrogare alcuna direttiva, perché ha potuto approfittare delle abrogazioni effettuate dal regolamento n. 882/2004 citato nel testo.

condo luogo, quella di estenderne la parziale applicazione nel tempo, fino all'adozione delle nuove norme comunitarie sostitutive di quelle abrogate.

Inoltre lo stesso art. 4 par. 2, sopra riportato, stabilisce che fino all'adozione delle nuove norme comunitarie appena richiamate, rimangono applicabili, in alternativa, le disposizioni nazionali contenute «*nelle relative norme di attuazione*».

La pretesa di assimilare gli effetti giuridici prodotti dalla direttiva n. 2004/41 a quelli che vengono prodotti dai due regolamenti citati, con riferimento alle situazioni sopra richiamate, costituisce, a nostro avviso, un errore di diritto.

A differenza dei regolamenti, le direttive, come è noto, non sono immediatamente applicabili, ma devono essere trasposte in norme nazionali per trovare applicazione all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

Solo in casi particolari, come è pure noto, le disposizioni di una direttiva, il cui termine di recepimento sia già scaduto, possono essere invocate dai singoli cittadini (e dagli operatori) contro uno Stato membro inadempiente che pretenda di applicare nei loro confronti le proprie norme interne rimaste in vigore proprio a causa del suo inadempimento.

Al contrario, in nessun caso uno Stato membro potrà applicare nei confronti dei singoli una disposizione contenuta in una direttiva che lo Stato medesimo non ha provveduto a recepire in modo corretto nel proprio ordinamento interno.

Quanto appena riferito si ricava dalla giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia delle Comunità europee di Lussemburgo.

Se ora vogliamo applicare tale giurisprudenza alla situazione sopra descritta e che qui dobbiamo esaminare, ci rendiamo subito conto che «*i criteri e i requisiti stabiliti nelle direttive*» abrogate dall'art. 2 della direttiva n. 2004/41 non possono trovare alcuna applicazione negli ordinamenti interni degli Stati membri, perché in tali ordinamenti trovano applicazione unicamente le norme nazionali di recepimento e non quelle contenute nelle direttive.

Se, per di più, le direttive contenenti i criteri e i requisiti da applicare sono state abrogate, senza indicare con precisione quali disposizioni delle medesime risultano escluse dall'abrogazione, possono sorgere forti dubbi sulla sopravvivenza, a partire dal 1° gennaio 2006, di specifiche disposizioni contenute nelle direttive, se le stesse non sono state sottratte all'abrogazione in modo espresso ed esplicito.

Esclusa, pertanto, per i motivi appena descritti, la possibilità di continuare ad applicare, nel periodo sopra indicato, le disposizioni contenute nelle direttive abrogate, ne consegue che le uniche disposizioni eventualmente applicabili, nel periodo qui considerato, sono quelle «*contenute nelle relative norme di attuazione*», vale a dire le disposizioni nazionali che, a suo tempo, avevano recepito, all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, le direttive ora abrogate.

Ma anche a questo proposito possono sorgere dubbi.

La direttiva n. 2004/41, per quanto nella sostanza sia una vera e propria direttiva "killer", perché adottata unicamente per eliminare o modificare numerose direttive da lungo tempo in vigore, è, per il resto, una normale direttiva che non si distingue dalle altre sotto il profilo giuridico. E come le altre direttive, pertanto, per trovare applicazione negli ordinamenti interni deve essere prima trasposta nella legislazione nazionale.

Orbene, dall'art. 8 della direttiva qui esaminata, si deduce che il suo recepimento all'interno degli Stati membri è stabilito per il 1° gennaio 2006 (che è la data a

partire dalla quale trovano applicazione tutti i nuovi regolamenti sopra richiamati). Se, pertanto, entro la data prevista, uno Stato membro non provvedesse a recepire correttamente la direttiva n. 2004/41 nel proprio ordinamento interno, potrebbe verificarsi un vuoto normativo per le ragioni appena esposte.

Ed infatti, risultando abrogate le direttive in materia igienico-sanitaria sopra citate a partire dal 1° gennaio 2006, senza che le stesse vengano tempestivamente sostituite dalle nuove disposizioni comunitarie in corso di adozione, sarebbe possibile sostenere che le disposizioni nazionali attuative delle direttive abrogate rimangono prive di efficacia, se la direttiva n. 2004/41 non venisse tempestivamente recepita allo scopo di consentire la prosecuzione dell'efficacia delle norme nazionali di attuazione appena menzionate.

Ovviamente è anche possibile che le preoccupazioni appena manifestate si rivelino più teoriche che reali, quantomeno per quanto riguarda l'Italia, dato che il nostro Governo sta approntando un provvedimento destinato a recepire nell'ordinamento italiano la direttiva n. 2004/41. Ciononostante ci è sembrato utile segnalare la situazione appena descritta per richiamare l'attenzione sulle strane conseguenze che l'applicazione del diritto comunitario può determinare⁶.

Fausto Capelli

⁶ Di tali argomenti e di altri più generali in materia alimentare tratterà ampiamente il volume di prossima pubblicazione presso la Casa Editrice Giuffrè di Milano dal titolo: «*Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*».

IL NUOVO REGOLAMENTO COMUNITARIO SULLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE E SULLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE PROTETTE

Regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari*

Il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 37,
vista la proposta della Commissione,
visto il parere del Parlamento europeo¹,
considerando quanto segue:

1. La produzione, la fabbricazione e la distribuzione dei prodotti agricoli e alimentari svolge un ruolo rilevante nell'economia della Comunità.

2. È opportuno favorire la diversificazione della produzione agricola al fine di ottenere un migliore equilibrio fra l'offerta e la domanda sui mercati. La promozione di prodotti di qualità aventi determinate caratteristiche può essere un notevole vantaggio per l'economia rurale, in particolare nelle zone svantaggiate o periferiche, sia per l'accrescimento del reddito degli agricoltori, sia per l'effetto di mantenimento della popolazione rurale in tali zone.

3. Un numero sempre crescente di consumatori annette maggiore importanza alla qualità anziché alla quantità nell'alimentazione. Questa ricerca di prodotti specifici genera una domanda di prodotti agricoli o alimentari aventi un'origine geografica identificabile.

4. Di fronte alla grande varietà di prodotti commercializzati e alla moltitudine di informazioni al loro riguardo il consumatore dovrebbe disporre di un'informazione chiara e succinta sull'origine del prodotto, in modo da potersi meglio orientare nella scelta.

* *Gu-UE* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 ss. In argomento v. *infra*, p. 115 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

¹ Non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*.

5. L'etichettatura dei prodotti agricoli e alimentari è soggetta alle norme generali fissate nella 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 pubblicità². Tenuto conto della loro specificità, è opportuno adottare disposizioni particolari complementari per i prodotti agricoli e alimentari provenienti da una zona geografica delimitata che impongano ai produttori di utilizzare sul condizionamento le diciture o i simboli comunitari appropriati. È opportuno rendere obbligatorio l'utilizzo di detti simboli o le diciture per le denominazioni comunitarie allo scopo, da un lato, di far conoscere meglio ai consumatori questa categoria di prodotti e le relative garanzie e, dall'altro, di permettere una identificazione più facile di questi prodotti sui mercati per facilitarne i controlli. È opportuno prevedere un termine ragionevole affinché gli operatori si adeguino a tale obbligo.

6. È opportuno prevedere un approccio comunitario per le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche. Un quadro normativo comunitario che contempli un regime di protezione consente di sviluppare le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine poiché garantisce, tramite un approccio più uniforme, condizioni di concorrenza uguali tra i produttori dei prodotti che beneficiano di siffatte diciture, migliorando la credibilità dei prodotti agli occhi dei consumatori.

7. È opportuno che le norme previste siano applicate nel rispetto della normativa comunitaria vigente relativa ai vini e alle bevande spiritose.

8. Il campo d'applicazione del presente regolamento dovrebbe limitarsi ai prodotti agricoli e alimentari per i quali esiste un legame fra le caratteristiche del prodotto o dell'alimento e la sua origine geografica. Tuttavia, detto campo d'applicazione potrebbe essere esteso ad altri prodotti agricoli o alimentari.

9. Tenuto conto delle prassi esistenti, è opportuno definire due diversi tipi di riferimento geografico, ossia le indicazioni geografiche protette e le denominazioni di origine protette.

10. Un prodotto agricolo o alimentare che beneficia di uno dei tipi di riferimento summenzionati dovrebbe soddisfare determinate condizioni elencate in un disciplinare.

11. Per usufruire della protezione negli Stati membri, le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine dovrebbero essere registrate a livello comunitario. L'iscrizione in un registro fornirebbe altresì l'informazione degli operatori del settore e dei consumatori. Per garantire che le denominazioni comunitarie registrate soddisfino le condizioni stabilite nel presente regolamento è opportuno che le domande siano esaminate dalle autorità nazionali dello Stato membro interessato, nel rispetto di disposizioni comuni minime comprensive di una procedura nazionale di opposizione. La Commissione successivamente dovrebbe partecipare ad un esame volto a verificare il rispetto delle condizioni stabilite nel presente regolamento e a garantire l'uniformità di approccio fra gli Stati membri.

12. L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (accordo TRIPS 1994, che figura all'allegato 1C dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio), comprende disposizioni specifiche rela-

² *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva n. 2003/89/Ce (*Guce* n. L 308 del 25 novembre 2003, p. 15).

tive all'esistenza, all'acquisizione, alla portata, al mantenimento dei diritti di proprietà intellettuale nonché ai mezzi per farli rispettare.

13. La protezione mediante registrazione, prevista nel presente regolamento, dovrebbe essere aperta alle indicazioni geografiche dei Paesi terzi che siano già protette nel loro Paese d'origine.

14. La procedura di registrazione dovrebbe permettere a qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia un interesse legittimo, in uno Stato membro o in un Paese terzo, di fare valere i suoi diritti notificando la propria opposizione.

15. È opportuno disporre di procedure che, successivamente alla registrazione, consentano di adeguare il disciplinare, a richiesta di gruppi che abbiano un interesse legittimo, sulla scorta dell'evoluzione delle conoscenze tecnologiche e di cancellare l'indicazione geografica o la denominazione d'origine relativa a un prodotto agricolo o alimentare che non sia più conforme al disciplinare in virtù del quale aveva potuto beneficiare segnatamente dell'indicazione geografica o della denominazione d'origine.

16. Le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche protette sul territorio comunitario dovrebbero essere oggetto di un sistema di monitoraggio costituito di controlli ufficiali, fondato su un sistema di controlli in linea con il regolamento (Ce) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali³, nonché su un sistema di controlli diretto ad assicurare il rispetto del disciplinare dei prodotti agricoli e alimentari interessati.

17. Occorre autorizzare gli Stati membri ad imporre una tassa a copertura delle spese sostenute.

18. Le misure necessarie per l'attuazione del presente regolamento andrebbero adottate a norma della decisione n. 1999/468/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione⁴.

19. Le denominazioni già registrate ai sensi del regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari⁵ alla data di entrata in vigore del presente regolamento dovrebbero continuare a beneficiare della protezione prevista nel presente regolamento e figurare automaticamente nel registro. È opportuno poi prevedere misure transitorie applicabili alle domande di registrazione pervenute alla Commissione precedentemente all'entrata in vigore del presente regolamento.

20. A fini di maggiore chiarezza e trasparenza è opportuno abrogare il regolamento (Cee) n. 2081/92 e sostituirlo con il presente regolamento,

ha adottato il presente regolamento:

³ *Guce* n. L 165 del 30 aprile 2004, p. 1; rettifica nella *Guce* n. L 191 del 28 maggio 2004, p. 1.

⁴ *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23.

⁵ *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1; Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003 (*Guce* n. L 122 del 16 maggio 2003, p. 1).

Articolo 1 - Campo di applicazione

1. Il presente regolamento stabilisce le norme relative alla protezione delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli destinati all'alimentazione umana elencati nell'allegato I del trattato e dei prodotti alimentari elencati nell'allegato I del presente regolamento, nonché dei prodotti agricoli elencati nell'allegato II del presente regolamento.

Il presente regolamento non si applica tuttavia ai prodotti del settore vitivinicolo, ad eccezione degli aceti di vino, né alle bevande spiritose. Il presente paragrafo non pregiudica l'applicazione del regolamento (Ce) n. 1493/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo⁶.

Gli allegati I e II del presente regolamento possono essere modificati secondo la procedura di cui all'art. 15, par. 2.

2. Il presente regolamento si applica senza pregiudizio di altre disposizioni comunitarie particolari.

3. La direttiva n. 98/34/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche⁷ non si applica né alle denominazioni d'origine né alle indicazioni geografiche oggetto del presente regolamento.

Articolo 2 - Denominazione d'origine e indicazione geografica

1. Ai fini del presente regolamento, si intende per:

a. «denominazione d'origine», il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un Paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare:

- originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese,
- la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico, inclusi i fattori naturali e umani, e
- la cui produzione, trasformazione e elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata;

b. «indicazione geografica», il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un Paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare:

- come originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale Paese e
- del quale una determinata qualità, la reputazione o altre caratteristiche possono essere attribuite a tale origine geografica e
- la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata.

2. Sono altresì considerate come denominazioni d'origine o indicazioni geografiche le denominazioni tradizionali, geografiche o meno, che designano un prodotto agricolo o alimentare e che soddisfino i requisiti di cui al par. 1.

3. In deroga al par. 1, lett. *a.*, sono equiparate a denominazioni d'origine talune designazioni geografiche qualora le materie prime dei prodotti da esse designati pro-

⁶ *Guce* n. L 179 del 14 luglio 1999, p. 1.

⁷ *Guce* n. L 204 del 21 luglio 1998, p. 37.

vengano da una zona geografica più ampia della zona di trasformazione, o diversa da essa, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a. la zona di produzione delle materie prime sia delimitata;
- b. sussistano condizioni particolari per la produzione delle materie prime;
- c. esista un regime di controllo atto a garantire l'osservanza delle condizioni di cui alla lettera b.

Le designazioni suddette devono essere state riconosciute come denominazioni d'origine nel Paese d'origine anteriormente al 1° maggio 2004.

Articolo 3 - Genericità, conflitti con i nomi di varietà vegetali, di razze animali, degli omonimi e dei marchi

1. Le denominazioni divenute generiche non possono essere registrate.

Ai fini del presente regolamento, si intende per «denominazione divenuta generica» il nome di un prodotto agricolo o alimentare che, pur collegato col nome del luogo o della regione in cui il prodotto agricolo o alimentare è stato inizialmente prodotto o commercializzato, è divenuto il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare nella Comunità.

Per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, in particolare:

- a. della situazione esistente negli Stati membri e nelle zone di consumo;
- b. delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie.

2. Un nome non può essere registrato come denominazione d'origine o indicazione geografica qualora sia in conflitto con il nome di una varietà vegetale o di una razza animale e possa, pertanto, indurre in errore il consumatore quanto alla vera origine del prodotto.

3. La registrazione di una denominazione omonima o parzialmente omonima di una denominazione già registrata ai sensi del presente regolamento, tiene debitamente conto degli usi locali e tradizionali e dei rischi effettivi di confusione. In particolare:

- a. una denominazione omonima che induca erroneamente il consumatore a pensare che i prodotti sono originari di un altro territorio non è registrata, benché sia esatta per quanto attiene al territorio, alla regione o alla località di cui sono originari i prodotti agricoli o alimentari;

- b. l'impiego di una denominazione omonima registrata è autorizzato esclusivamente in condizioni pratiche tali da assicurare che la denominazione omonima registrata successivamente sia sufficientemente differenziata da quella registrata in precedenza, tenuto conto della necessità di garantire un trattamento equo ai produttori interessati e di non indurre in errore il consumatore.

4. Una denominazione d'origine o un'indicazione geografica non è registrata qualora, tenuto conto della reputazione di un marchio, della notorietà e della durata di utilizzazione dello stesso, la registrazione è tale da indurre in errore il consumatore quanto alla vera identità del prodotto.

Articolo 4 - Disciplinare

1. Per beneficiare di una denominazione d'origine protetta (DOP) o di un'indicazione geografica protetta (IGP), un prodotto agricolo o alimentare deve essere con-

forme ad un disciplinare.

2. Il disciplinare comprende almeno i seguenti elementi:

a. il nome del prodotto agricolo o alimentare che comprende la denominazione d'origine o l'indicazione geografica;

b. la descrizione del prodotto agricolo o alimentare mediante indicazione delle materie prime, se del caso, e delle principali caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche o organolettiche del prodotto agricolo o alimentare;

c. la delimitazione della zona geografica e, se del caso, gli elementi che indicano il rispetto delle condizioni di cui all'art. 2, par. 3;

d. gli elementi che comprovano che il prodotto agricolo o alimentare è originario della zona geografica delimitata di cui all'art. 2, par. 1, lett. *a.* o *b.*, a seconda dei casi;

e. la descrizione del metodo di ottenimento del prodotto agricolo o alimentare e, se del caso, i metodi locali, leali e costanti, nonché gli elementi relativi al condizionamento, quando l'associazione richiedente, ai sensi dell'art. 5, par. 1, stabilisce e motiva che il condizionamento deve aver luogo nella zona geografica delimitata per salvaguardare la qualità o garantire l'origine o assicurare il controllo;

f. gli elementi che giustificano:

i. il legame fra la qualità o le caratteristiche del prodotto agricolo o alimentare e l'ambiente geografico di cui all'art. 2, par. 1, lett. *a.* o, a seconda dei casi,

ii. il legame fra una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica del prodotto agricolo o alimentare e l'origine geografica di cui all'art. 2, par. 1, lett. *b.*;

g. il nome e l'indirizzo delle autorità o degli organismi che verificano il rispetto delle disposizioni del disciplinare, e i relativi compiti specifici;

h. qualsiasi regola specifica per l'etichettatura del prodotto agricolo o alimentare in questione;

i. gli eventuali requisiti da rispettare in virtù di disposizioni comunitarie o nazionali.

Articolo 5 - Domanda di registrazione

1. La domanda di registrazione può essere presentata esclusivamente da un'associazione.

Ai fini del presente regolamento si intende per «associazione» qualsiasi organizzazione, a prescindere dalla sua forma giuridica o dalla sua composizione, di produttori o di trasformatori che trattano il medesimo prodotto agricolo o il medesimo prodotto alimentare. Altre parti interessate possono far parte dell'associazione. Una persona fisica o giuridica può essere equiparata ad una associazione conformemente alle norme particolareggiate di cui all'art. 16, lett. *c.*)

Nel caso di una denominazione che designi una zona geografica transfrontaliera o una denominazione tradizionale connessa ad una zona geografica transfrontaliera, diverse associazioni possono presentare una domanda comune, conformemente alle norme particolareggiate di cui all'art. 16, lett. *d.*

2. Un'associazione può presentare domanda di registrazione esclusivamente per i prodotti agricoli o alimentari che essa stessa produce o elabora.

3. La domanda di registrazione comprende almeno:

a. il nome e l'indirizzo dell'associazione richiedente,

b. il disciplinare di cui all'art. 4;

c. un documento unico limitato agli elementi seguenti:

i. gli elementi principali del disciplinare: la denominazione, la descrizione del prodotto, incluse eventualmente le norme specifiche applicabili al suo condizionamento e alla sua etichettatura, e la descrizione concisa della delimitazione della zona geografica;

ii. la descrizione del legame del prodotto con l'ambiente geografico o con l'origine geografica di cui all'art. 2, par. 1, lett. *a.* o *b.*, a seconda dei casi, inclusi, eventualmente, gli elementi specifici della descrizione del prodotto o del metodo di ottenimento che giustifica il legame.

4. La domanda di registrazione è inviata allo Stato membro sul cui territorio è situata la zona geografica.

Lo Stato membro esamina la domanda con i mezzi appropriati per stabilire se sia giustificata e soddisfi le condizioni previste dal presente regolamento.

5. Nel corso dell'esame di cui al paragrafo 4, secondo comma, lo Stato membro avvia una procedura nazionale di opposizione che garantisca l'adeguata pubblicazione della domanda e preveda un periodo ragionevole nel corso del quale ogni persona fisica o giuridica avente un interesse legittimo e stabilita o residente sul suo territorio possa fare opposizione alla domanda.

Lo Stato membro esamina la ricevibilità delle dichiarazioni di opposizione ricevute in base ai criteri di cui all'art. 7, par. 3, primo comma.

Qualora lo Stato membro ritenga che i requisiti del presente regolamento sono soddisfatti, esso adotta una decisione favorevole e trasmette alla Commissione la documentazione di cui al par. 7 per la decisione definitiva. In caso contrario, esso decide di rigettare la domanda.

Lo Stato membro assicura che la decisione favorevole sia resa pubblica e ogni persona fisica o giuridica avente un interesse legittimo disponga di mezzi di ricorso.

Lo Stato membro assicura che la versione del disciplinare oggetto della decisione favorevole sia pubblicata e assicura l'accesso per via elettronica al disciplinare.

6. A decorrere dalla data della presentazione della domanda alla Commissione il medesimo Stato membro può accordare solo in via transitoria alla denominazione una protezione ai sensi del presente regolamento a livello nazionale, nonché, se del caso, un periodo di adattamento.

Il periodo di adattamento di cui al primo comma può essere previsto solo a condizione che le imprese interessate abbiano legalmente commercializzato i prodotti in questione utilizzando in modo continuativo tali denominazioni almeno per i cinque anni precedenti e abbiano sollevato questo problema nel corso della procedura nazionale di opposizione di cui al par. 5, primo comma.

La protezione nazionale transitoria cessa a decorrere dalla data in cui è adottata una decisione sulla registrazione in virtù del presente regolamento.

Le conseguenze della protezione nazionale transitoria, nel caso in cui la denominazione non venga registrata ai sensi del presente regolamento, sono responsabilità esclusiva dello Stato membro interessato.

Le misure adottate dagli Stati membri in virtù del primo comma hanno efficacia solo a livello nazionale e non devono ostacolare gli scambi intracomunitari o internazionali.

7. Per ogni decisione favorevole di cui al par. 5, terzo comma, adottata dallo Stato membro, quest'ultimo fa pervenire alla Commissione:

- a. il nome e l'indirizzo dell'associazione richiedente;
- b. il documento unico di cui al par. 3, lett. c.;
- c. una dichiarazione dello Stato membro che la domanda presentata dall'associazione e che beneficia della decisione favorevole soddisfa, a suo giudizio, le condizioni del presente regolamento e le relative disposizioni di applicazione;
- d. il riferimento della pubblicazione del disciplinare, di cui al par. 5, quinto comma.

8. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per l'osservanza dei paragrafi da 4 a 7 entro il 31 marzo 2007.

9. La domanda di registrazione che riguarda una zona geografica situata in un Paese terzo è composta dagli elementi previsti al par. 3, nonché dagli elementi che comprovano che la denominazione è protetta nel suo Paese di origine.

La domanda è trasmessa alla Commissione direttamente oppure per il tramite delle autorità del Paese terzo interessato.

10. I documenti di cui al presente articolo sono trasmessi alla Commissione, redatti in una delle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione europea o accompagnati da una traduzione certificata in una di tali lingue.

Articolo 6 - Esame da parte della Commissione

1. La Commissione esamina con i mezzi appropriati la domanda presentata ai sensi dell'art. 5 per stabilire se sia giustificata e soddisfi le condizioni previste dal presente regolamento. Detto esame dovrebbe essere effettuato entro il termine di 12 mesi.

La Commissione rende pubblico ogni mese l'elenco delle denominazioni oggetto di una domanda di registrazione, nonché la data di presentazione alla Commissione.

2. Quando, in base all'esame effettuato ai sensi del paragrafo 1, primo comma, ritiene soddisfatte le condizioni del presente regolamento, la Commissione pubblica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il documento unico e il riferimento della pubblicazione del disciplinare, di cui all'art. 5, par. 5, quinto comma.

In caso contrario, la Commissione decide di respingere la domanda secondo la procedura di cui all'art. 15, par. 2.

Articolo 7 - Opposizione e decisione sulla registrazione

1. Nel termine di sei mesi dalla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, di cui all'art. 6, par. 2, primo comma, ogni Stato membro o Paese terzo può opporsi alla registrazione proposta, presentando alla Commissione una dichiarazione debitamente motivata.

2. Anche ogni persona fisica o giuridica che abbia un interesse legittimo, stabilita o residente in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata chiesta la registrazione oppure in un Paese terzo, può opporsi alla registrazione proposta mediante presentazione di una dichiarazione debitamente motivata.

Per le persone fisiche o giuridiche stabilite o residenti in uno Stato membro, tale dichiarazione è presentata allo Stato membro in questione entro un termine che per-

metta l'opposizione di cui al par. 1.

Per le persone fisiche o giuridiche stabilite o residenti in un Paese terzo, la dichiarazione è presentata alla Commissione, o direttamente, o per il tramite delle autorità di tale Paese terzo, nel termine fissato al par. 1.

3. Sono ricevibili soltanto le dichiarazioni di opposizione pervenute alla Commissione entro il termine fissato al paragrafo 1, le quali:

a. dimostrano la mancata osservanza delle condizioni di cui all'art. 2; oppure

b. dimostrano che la registrazione della denominazione proposta sarebbe contraria all'art. 3, par. 2, 3 e 4; oppure

c. dimostrano che la registrazione della denominazione proposta danneggerebbe l'esistenza di una denominazione omonima o parzialmente omonima o di un marchio oppure l'esistenza di prodotti che si trovano legalmente sul mercato da almeno cinque anni prima della data di pubblicazione di cui all'art. 6, par. 2; oppure

d. precisano gli elementi sulla cui base si può concludere che la denominazione di cui si chiede la registrazione è generica, ai sensi dell'art. 3, par. 1.

La Commissione esamina la ricevibilità delle opposizioni.

I criteri di cui al primo comma, lett. b., c. e d., sono valutati con riferimento al territorio della Comunità, che per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale si riferisce solo al territorio o ai territori in cui detti diritti sono tutelati.

4. Se non riceve opposizioni ricevibili ai sensi del par. 3, la Commissione procede alla registrazione della denominazione.

La registrazione è pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

5. Se l'opposizione è ricevibile ai sensi del par. 3, la Commissione invita gli interessati ad avviare idonee consultazioni.

Se giungono ad un accordo entro sei mesi, gli interessati comunicano alla Commissione tutti gli elementi che hanno permesso di raggiungere tale accordo, compreso il parere del richiedente e dell'opponente. Se gli elementi pubblicati a norma dell'art. 6, par. 2, non hanno subito modifiche o hanno subito soltanto modifiche minori, da definire secondo l'art. 16, lett. h., la Commissione procede a norma del par. 4 del presente articolo. Negli altri casi essa ripete l'esame previsto all'art. 6, par. 1.

Qualora non si raggiunga un accordo, la Commissione prende una decisione secondo la procedura di cui all'art. 15, par. 2, tenendo conto degli usi leali e tradizionali e degli effettivi rischi di confusione.

La decisione è pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

6. La Commissione tiene un registro aggiornato delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette.

7. I documenti di cui al presente articolo sono trasmessi alla Commissione redatti in una delle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione europea o accompagnati da una traduzione certificata in una di tali lingue.

Articolo 8 - Denominazioni, diciture e simboli

1. Una denominazione registrata secondo il presente regolamento può essere utilizzata da ogni operatore che commercializza prodotti agricoli o alimentari conformi al disciplinare corrispondente.

2. Le diciture «denominazione d'origine protetta» e «indicazione geografica

protetta» o i simboli comunitari ad esse associati devono figurare sull'etichettatura dei prodotti agricoli e alimentari, originari della Comunità, che sono commercializzati con una denominazione registrata conformemente al presente regolamento.

3. Le diciture di cui al par. 2 e i simboli comunitari ad esse associati possono anche figurare sull'etichettatura dei prodotti agricoli e alimentari, originari dei Paesi terzi, che sono commercializzati con una denominazione registrata conformemente al presente regolamento.

Articolo 9 - Approvazione di una modifica del disciplinare

1. Un'associazione legittimamente interessata che soddisfa le condizioni previste dall'art. 5, par. 1 e 2, può chiedere l'approvazione di una modifica di un disciplinare, in particolare per tener conto dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche o per rivedere la delimitazione della zona geografica di cui all'art. 4, par. 2, lett. c.

La domanda descrive le modifiche che ne costituiscono l'oggetto e le relative motivazioni.

2. Quando la modifica comporta una o più modifiche del documento unico, la domanda di approvazione di una modifica è sottoposta alla procedura prevista dagli artt. 5, 6 e 7. Tuttavia, se si tratta di modifiche minori, la Commissione decide in merito all'approvazione senza ricorrere alla procedura di cui all'art. 6, par. 2, e all'art. 7 e, in caso di approvazione, procede alla pubblicazione degli elementi di cui all'art. 6, par. 2.

3. Quando la modifica non comporta alcuna modifica del documento unico, si applicano le seguenti regole:

i. se la zona geografica è situata in uno Stato membro, quest'ultimo si pronuncia sull'approvazione della modifica e, in caso di parere positivo, pubblica il disciplinare modificato e informa la Commissione delle modifiche approvate e delle relative motivazioni;

ii. se la zona geografica è situata in un Paese terzo, la Commissione si pronuncia sull'approvazione della modifica proposta.

4. Quando la modifica riguarda una modifica temporanea del disciplinare a seguito dell'imposizione di misure sanitarie o fitosanitarie obbligatorie da parte delle autorità pubbliche, si applicano le procedure di cui al par. 3.

Articolo 10 - Controlli ufficiali

1. Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità competenti incaricate dei controlli in relazione agli obblighi stabiliti dal presente regolamento a norma del regolamento (Ce) n. 882/2004.

2. Gli Stati membri provvedono affinché gli operatori che ottemperano alle disposizioni del presente regolamento siano coperti da un sistema di controlli ufficiali.

3. La Commissione pubblica il nome e l'indirizzo delle autorità e degli organismi di cui al par. 1 o all'art. 11 e ne aggiorna periodicamente l'elenco.

Articolo 11 - Verifica del rispetto del disciplinare

1. Per quanto riguarda le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine relative a zone geografiche all'interno della Comunità, la verifica del rispetto del disciplinare è effettuata anteriormente all'immissione del prodotto sul mercato da:

- una o più delle autorità competenti di cui all'art. 10, e/o
- uno o più organismi di controllo ai sensi dell'art. 2 del regolamento (Ce) n. 882/2004 che opera come organismo di certificazione dei prodotti.

I costi di tale verifica del rispetto del disciplinare sono a carico degli operatori soggetti a tale controllo.

2. Per quanto riguarda le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine relative a zone geografiche di un Paese terzo, la verifica del rispetto del disciplinare è effettuata anteriormente all'immissione del prodotto sul mercato da:

- una o più autorità pubbliche designata/e dal Paese terzo, e/o
- uno o più organismi di certificazione dei prodotti.

3. Gli organismi di certificazione dei prodotti di cui ai paragrafi 1 e 2 sono conformi alla norma europea EN 45011 o alla guida ISO/CEI 65 (Requisiti generali relativi agli organismi che gestiscono sistemi di certificazione dei prodotti) e, a decorrere dal 1° maggio 2010, sono accreditati in conformità delle stesse.

4. Qualora le autorità di cui ai par. 1 e 2, abbiano deciso di verificare il rispetto del disciplinare, esse devono offrire adeguate garanzie di obiettività e imparzialità e disporre di personale qualificato e delle risorse necessarie allo svolgimento delle loro funzioni.

Articolo 12 - Cancellazione

1. Quando, conformemente alle norme particolareggiate di cui all'art. 16, lett. k., ritiene che il rispetto delle condizioni del disciplinare di un prodotto agricolo o alimentare che beneficia di una denominazione protetta non sia più garantito, la Commissione procede alla cancellazione della registrazione, secondo la procedura dell'art. 15, par. 2, e ne fa pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

2. Ogni persona fisica o giuridica che abbia un interesse legittimo può chiedere la cancellazione della registrazione, motivando la richiesta.

La procedura di cui agli artt. 5, 6 e 7 si applica *mutatis mutandis*.

Articolo 13 - Protezione

1. Le denominazioni registrate sono tutelate contro:

a. qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto di una denominazione registrata per prodotti che non sono oggetto di registrazione, nella misura in cui questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con questa denominazione o nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare la reputazione della denominazione protetta;

b. qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se la denominazione protetta è una traduzione o è accompagnata da espressioni quali «genere», «tipo», «metodo», «alla maniera», «imitazione» o simili;

c. qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali dei prodotti usata sulla confezione o sull'imballaggio, nella pubblicità o sui documenti relativi ai prodotti considerati nonché l'impiego, per il condizionamento, di recipienti che possono indurre in errore sull'origine;

d. qualsiasi altra prassi che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine dei prodotti.

Se una denominazione registrata contiene il nome di un prodotto agricolo o alimentare che è considerato generico, l'uso di questo nome generico sui corrispondenti prodotti agricoli o alimentari non è considerato contrario al primo comma, lett. *a.* o *b.*

2. Le denominazioni protette non possono diventare generiche.

3. Per quanto riguarda le denominazioni la cui registrazione è richiesta ai sensi dell'art. 5, può essere previsto un periodo transitorio non superiore a cinque anni, a norma dell'art. 7, par. 5, solo nel caso in cui un'opposizione sia stata dichiarata ricevibile in quanto la registrazione del nome proposto danneggerebbe l'esistenza di una denominazione omonima o parzialmente omonima o l'esistenza di prodotti che si trovano legalmente sul mercato da almeno cinque anni prima della data di pubblicazione di cui all'art. 6, par. 2.

Può inoltre essere stabilito un periodo transitorio per imprese stabilite nello Stato membro o nel Paese terzo dove si trova la zona geografica, a condizione che dette imprese abbiano legalmente commercializzato i prodotti di cui trattasi utilizzando in modo continuativo tali denominazioni per almeno i cinque anni che precedono la data di pubblicazione di cui all'art. 6, par. 2, e che il problema sia stato sollevato nel corso della procedura nazionale di opposizione di cui all'art. 5, par. 5, primo e secondo comma, o della procedura comunitaria di opposizione di cui all'art. 7, par. 2. In totale, il cumulo del periodo transitorio di cui al presente comma e del periodo di adattamento di cui all'art. 5, par. 6, non può superare cinque anni. Qualora il periodo di adattamento di cui all'art. 5, par. 6, superi cinque anni, non può essere concesso alcun periodo transitorio.

4. Fatto salvo l'art. 14, la Commissione può decidere, secondo la procedura di cui all'art. 15, par. 2, di far coesistere una denominazione registrata e una denominazione non registrata che designa un luogo di uno Stato membro o di un Paese terzo, qualora questa denominazione sia identica alla denominazione registrata, purché tutte le seguenti condizioni siano soddisfatte:

a. la denominazione identica non registrata sia stata legalmente utilizzata durante almeno i venticinque anni precedenti il 24 luglio 1993, in base ad usi leali e costanti;

b. sia provato che tale uso non abbia inteso sfruttare, in alcun momento, la reputazione della denominazione registrata e che non abbia indotto né abbia potuto indurre in errore il consumatore quanto alla vera origine del prodotto;

c. il problema relativo alla denominazione identica sia stato sollevato prima della registrazione della denominazione.

La coesistenza della denominazione registrata e della denominazione identica non registrata può durare al massimo per un periodo di quindici anni, trascorso il quale la denominazione non registrata non può più essere utilizzata.

L'impiego della denominazione geografica non registrata è autorizzato solamente se lo Stato di origine è chiaramente e visibilmente indicato sull'etichetta.

Articolo 14 - Relazioni fra marchi, denominazioni di origine e indicazioni geografiche

1. Qualora una denominazione d'origine o un'indicazione geografica sia registrata conformemente al presente regolamento, la domanda di registrazione di un

marchio corrispondente ad una delle situazioni di cui all'art. 13 e concernente lo stesso tipo di prodotto viene respinta, se la domanda di registrazione del marchio è presentata posteriormente alla data di presentazione della domanda di registrazione presso la Commissione.

I marchi registrati in violazione del primo comma sono annullati.

2. Nel rispetto del diritto comunitario, l'uso di un marchio corrispondente ad una delle situazioni di cui all'art. 13, depositato, registrato o, nei casi in cui ciò sia previsto dalla normativa pertinente, acquisito con l'uso in buona fede sul territorio comunitario, anteriormente alla data di protezione della denominazione d'origine o dell'indicazione geografica nel Paese d'origine, o precedentemente al 1° gennaio 1996, può proseguire, nonostante la registrazione di una denominazione d'origine o di un'indicazione geografica, qualora il marchio non incorra nella nullità o decadenza per i motivi previsti dalla prima direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa⁸ o dal regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario⁹.

Articolo 15 - Procedura di comitato

1. La Commissione è assistita dal comitato permanente per le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine protette.

2. Nei casi in cui è fatto riferimento al presente paragrafo, si applicano gli artt. 5 e 7 della decisione n. 1999/468/Ce.

Il periodo di cui all'art. 5, par. 6, della decisione n. 1999/468/Ce è fissato a tre mesi.

3. Il comitato adotta il proprio regolamento interno.

Articolo 16 - Modalità d'applicazione

Ai fini dell'attuazione del presente regolamento, sono adottate modalità di applicazione secondo la procedura di cui all'art. 15, par. 2. Esse comprendono in particolare:

- a. un elenco delle materie prime di cui all'art. 2, par. 3;
- b. modalità relative agli elementi costitutivi del disciplinare, di cui all'art. 4, par. 2;
- c. le condizioni alle quali una persona fisica o giuridica può essere equiparata ad una associazione;
- d. modalità relative alla presentazione di una domanda di registrazione di una denominazione che designa una zona geografica transfrontaliera, di cui all'art. 5, par. 1, terzo comma;
- e. modalità relative al contenuto e alla trasmissione alla Commissione dei documenti di cui all'art. 5, par. 7 e 9;
- f. modalità relative alle opposizioni, di cui all'art. 7, comprese le modalità relative alle idonee consultazioni tra le parti interessate;
- g. modalità relative alle diciture e ai simboli, di cui all'art. 8;

⁸ *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1.

⁹ *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1.

- h. modalità relative alle modifiche minori di cui all'art. 7, par. 5, secondo comma e all'art. 9, par. 2, tenendo presente che una modifica minore non può riguardare né le caratteristiche essenziali del prodotto né alterare il legame;
- i. modalità relative al registro delle denominazioni d'origine e indicazioni geografiche, di cui all'art. 7, par. 6;
- j. modalità relative alle condizioni di controllo del rispetto del disciplinare;
- k. modalità relative alle condizioni di cancellazione della registrazione.

Articolo 17 - Disposizioni transitorie

1. Le denominazioni che, alla data di entrata in vigore del presente regolamento figurano nell'allegato del regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione¹⁰ e quelle che figurano nell'allegato del regolamento (Ce) n. 2400/96 della Commissione¹¹ sono automaticamente iscritte nel registro di cui all'art. 7, par. 6, del presente regolamento. I disciplinari corrispondenti sono equiparati ai disciplinari di cui all'art. 4, par. 1. Restano d'applicazione le disposizioni transitorie specifiche associate a tali registrazioni.

2. Per quanto concerne le domande, le dichiarazioni e le richieste pendenti presentate alla Commissione anteriormente alla data di entrata in vigore del presente regolamento:

- a. non si applicano le procedure di cui all'art. 5 senza pregiudizio dell'art. 13, par. 3; e
- b. la scheda riepilogativa del disciplinare elaborata in conformità del regolamento (Ce) n. 383/2004 della Commissione¹² sostituisce il documento unico di cui all'art. 5, par. 3, lett. c.

3. La Commissione può adottare, se necessario, altre disposizioni transitorie secondo le procedure previste all'art. 15, par. 2.

Articolo 18 - Tasse

Gli Stati membri possono esigere il pagamento di una tassa destinata a coprire le loro spese, comprese quelle sostenute in occasione dell'esame delle domande di registrazione, delle dichiarazioni di opposizione, delle domande di modifica e delle richieste di cancellazione presentate a norma del presente regolamento.

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione, del 12 giugno 1996, relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine nel quadro della procedura di cui all'art. 17 del regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio (*Guce* n. L 148 del 21 giugno 1996, p. 1). Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 704/2005 (*Gu-Ue* L 118 del 5 maggio 2005, p. 14).

¹¹ Regolamento (Ce) n. 2400/96 della Commissione, del 17 dicembre 1996, relativo all'iscrizione di alcune denominazioni nel Registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette di cui al regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari (*Guce* n. L 327 del 18 dicembre 1996, p. 11). Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 417/2006 (*Gu-Ue* n. L 72 dell'11 marzo 2006, p. 8).

¹² Regolamento (Ce) n. 383/2004 della Commissione, del 1° marzo 2004, recante modalità d'applicazione del regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio per quanto concerne la scheda riepilogativa dei principali elementi dei disciplinari (*Gu-Ue* n. L 64 del 2 marzo 2004, p. 16).

Articolo 19 - Abrogazione

Il regolamento (Cee) n. 2081/92 è abrogato.

I riferimenti al regolamento abrogato si intendono fatti al presente regolamento e vanno letti secondo la tavola di concordanza di cui all'allegato III.

Articolo 20 - Entrata in vigore

Il presente regolamento entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Tuttavia le disposizioni di cui all'art. 8, par. 2, si applicano a decorrere dal 1° maggio 2009, ad eccezione dei prodotti immessi sul mercato prima di tale data.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

(Omissis)

ALLEGATO I

Prodotti alimentari di cui all'art. 1, par. 1

- birre,
- bevande a base di estratti di piante,
- prodotti della panetteria, della pasticceria, della confetteria o della biscotteria,
- gomme e resine naturali,
- pasta di mostarda,
- paste alimentari.

ALLEGATO II

Prodotti agricoli di cui all'art. 1, par. 1

- fieno,
- oli essenziali,
- sughero,
- cocciniglia (prodotto grezzo di origine animale),
- fiori e piante ornamentali,
- lana,
- vimini,
- lino stigliato.

ALLEGATO III

(Omissis)

TUTELA DELLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE E DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI NEL NUOVO REGOLAMENTO COMUNITARIO N. 510/2006 E NEL DECRETO ITALIANO 19 NOVEMBRE 2004 N. 297 RELATIVO ALLE SANZIONI APPLICABILI IN CASO DI VIOLAZIONE DELLE NORME CONTENUTE NEL REGOLAMENTO PREDETTO

Sommario: *Premesse - I. Il regolamento Ce n. 510/2006 - 1. Modifiche innovative di carattere procedurale - a. Modalità di espletamento della procedura nazionale per la formulazione delle domande di registrazione delle denominazioni (DOP e IGP) da presentare alla Commissione europea - b. Modalità di espletamento della procedura in sede comunitaria - c. Modalità di espletamento della procedura di modifica del disciplinare di produzione - d. Modalità di espletamento della procedura per ottenere la cancellazione di una denominazione di origine o di un'indicazione geografica - 2. Modifiche innovative di carattere sostanziale - a. Registrazione di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche riferite ad un Paese Terzo - b. Obbligo di apposizione delle menzioni: «denominazione di origine protetta» (DOP) e «indicazione geografica protetta» (IGP) - c. Organi di controllo - d. Esecuzione dei controlli - e. Pagamento di un contributo per la copertura delle spese - 3. Disposizioni fondamentali del precedente regolamento Cee n. 2081/92 che rimangono sostanzialmente inalterate nel nuovo regolamento Ce n. 510/2006 - II. Il decreto "sanzionatorio" n. 297/2004 - 1. Struttura del decreto "sanzionatorio" - 2. Valutazioni critiche del decreto "sanzionatorio" - a. Tutela contro le evocazioni, imitazioni e usurpazioni delle denominazioni protette - b. Tutela delle denominazioni registrate contro il loro utilizzo indebito da parte degli operatori economici - III. Valutazioni finali e conclusive.*

Premesse

Il glorioso regolamento Cee n. 2081/92¹, che in quasi quindici anni di applicazione ha consentito di registrare complessivamente le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche di oltre settecento prodotti agroalimentari europei, è stato abrogato e sostituito dal regolamento Ce n. 510/2006², (sopra riportato), entrato in vigore il 31 marzo 2006.

¹ Pubblicato in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1.

² Pubblicato in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12.

Il regolamento Cee n. 2081/92 che, come è noto, aveva già subito diverse modifiche nel corso degli anni³, è stato recentemente sottoposto a precise critiche in sede internazionale, sollevate dall'*Organo di risoluzione delle controversie* dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), per incompatibilità con alcune disposizioni dell'Accordo sulla tutela della proprietà intellettuale (TRIP's) e con altre contenute nell'Accordo GATT⁴.

Di conseguenza, occorrendo introdurre nel testo del regolamento i cambiamenti richiesti dall'OMC, si è deciso di abrogarlo interamente sostituendolo con un nuovo testo, organicamente meglio strutturato, nel quale sono state inserite, oltre alle modifiche in precedenza apportate, anche ulteriori modifiche di carattere procedurale e sostanziale che in prosieguo verranno esaminate.

Dopo l'esame del regolamento Ce n. 510/2006, si procederà all'analisi critica delle disposizioni più importanti contenute nel cosiddetto decreto "sanzionatorio" (dlgvo n. 297 del 19 novembre 2004, modificato dal dl n. 2 del 10 gennaio 2006)⁵ che sanziona le violazioni alle regole applicabili in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari.

I. Il regolamento Ce n. 510/2006

Le modifiche innovative contenute nel nuovo regolamento Ce n. 510/2006 sono di carattere procedurale e di carattere sostanziale.

Vediamole separatamente.

1. MODIFICHE INNOVATIVE DI CARATTERE PROCEDURALE

Pur senza intaccare l'impianto generale così come delineato nel precedente regolamento Cee n. 2081/92, che rimane strutturalmente inalterato, le

³ Cfr. regolamento Ce n. 535/97 del Consiglio (*Guce* n. L 83 del 25 marzo 1997, p. 3); regolamento Ce n. 1068/97 della Commissione (*Guce* n. L 156 del 13 giugno 1997, p. 10); regolamento Ce n. 2796/2000 della Commissione (*Guce* n. L 324 del 21 dicembre 2000, p. 26); regolamento Ce n. 692/2003 del Consiglio (*Guce* n. L 99 del 17 aprile 2003, p. 1); regolamento Ce n. 806/2003 del Consiglio (*Guce* n. L 122 del 16 maggio 2003, p. 1). Oltre a tali regolamenti di modifica si può citare il regolamento Ce n. 383/2004 della Commissione (*Gu-UE* n. L 64 del 2 marzo 2004, p. 16) relativo alle modalità di applicazione del regolamento Cee n. 2081/92 con riferimento alla scheda riepilogativa dei disciplinari di produzione. Su alcune delle modifiche introdotte dal citato regolamento Ce n. 692/2003 v. F. CAPELLI, *Il condizionamento dei prodotti contrassegnati con «DOP» e «IGP» secondo le nuove disposizioni inserite nel regolamento Cee n. 2081/92 sulle denominazioni di origine*, in questa *Rivista*, 2003, p. 105.

⁴ Cfr. Relazione alla proposta di regolamento destinato a sostituire il regolamento Cee n. 2081/92, presentata dalla Commissione nel gennaio 2006, COM(2005) 698 def, p. 2.

⁵ Pubblicati, rispettivamente, in *Guri* n. 293 del 15 dicembre 2004 e in *Guri* n. 8 dell'11 gennaio 2006. Il testo consolidato del dlgvo n. 297/2004 è riportato nella rubrica «Documentazione», *infra*, p. 139 ss.

modifiche introdotte dal nuovo regolamento, sotto il profilo procedurale, riguardano tuttavia alcuni specifici aspetti di rilevante interesse.

a. Modalità di espletamento della procedura nazionale per la formulazione delle domande di registrazione delle denominazioni (DOP e IGP) da presentare alla Commissione europea

Secondo l'art. 5 del regolamento Ce n. 510/2006, la domanda di registrazione di una DOP o di una IGP, che deve essere presentata, unitamente al relativo disciplinare, dall'Associazione richiedente allo Stato membro «sul cui territorio è situata la zona geografica» (art. 5, par. 4), deve ora comprendere un «documento unico» contenente tutte le informazioni essenziali relative alla denominazione o all'indicazione geografica di cui si chiede la registrazione (elementi principali del disciplinare, nome e descrizione del prodotto, delimitazione della zona geografica, legame esistente tra prodotto e territorio di provenienza, etc.) (art. 5, par. 3).

Questo «documento unico» ha la funzione di rendere uniformi nell'Unione europea i contenuti delle domande di registrazione, in modo da agevolare l'esame delle stesse sia da parte delle autorità competenti, sia da parte di tutti gli altri soggetti interessati.

In effetti, una delle novità introdotte dal nuovo regolamento riguarda l'obbligo imposto ad ogni Stato membro (art. 5, par. 5) di consentire a tutti gli interessati, stabiliti sul proprio territorio, di fare opposizione in sede nazionale contro le domande di registrazione.

Per permettere l'avvio di tale opposizione, ogni Stato membro deve predisporre una procedura formale che renda possibile l'adozione di una decisione in sede amministrativa, assicurando inoltre l'esperibilità di adeguati mezzi di ricorso in sede giurisdizionale contro la decisione predetta⁶.

Gli Stati membri devono rendere possibile l'esperibilità della procedura appena descritta entro il 31 marzo 2007 (art. 5, par. 8).

In caso di decisione finale favorevole all'accoglimento in sede nazionale della domanda di registrazione (e, quindi, dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso interni eventualmente esperiti), lo Stato membro interessato può trasmettere alla Commissione europea la domanda di registrazione con la documentazione indicata al par. 7 dell'art. 5 del regolamento Ce n. 510/2006.

La documentazione trasmessa alla Commissione contiene tutte le indicazioni utili per permettere a quest'ultima di adottare la propria decisione. Tra le indicazioni da fornire alla Commissione, vi è anche il riferimento al fatto

⁶ Queste prescrizioni sono state introdotte per tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. ordinanza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2000 in causa n. 447/98, *Molkerei Grossbraunschweig c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9097).

che il disciplinare di produzione, relativo alla denominazione di cui si chiede la registrazione, è stato reso pubblico per via elettronica⁷.

Con riferimento alla fase nazionale della procedura prevista per la messa a punto delle domande di registrazione delle denominazioni DOP e IGP, si può senz'altro concludere che le modifiche introdotte dal nuovo regolamento consentono di tutelare al meglio i diritti di tutti gli interessati nonché le prerogative delle autorità nazionali competenti.

b. Modalità di espletamento della procedura in sede comunitaria

Una volta in possesso della documentazione trasmessa dallo Stato membro interessato, in conformità a quanto stabilito dal citato art. 5, par. 7 del regolamento Ce n. 510/2006, la Commissione europea procede all'esame della medesima in base al successivo art. 6.

Si tratta, in sostanza, di un riesame della documentazione trasmessa dallo Stato membro e la Commissione dispone di un periodo di dodici mesi per portarlo a termine.

In caso di esito favorevole, la Commissione pubblica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (art. 6 par. 2) il «documento unico», sopra menzionato, contenente i dati essenziali della domanda, nonché il riferimento al fatto che il disciplinare relativo è stato reso pubblico per via elettronica (in modo che ogni interessato sia in grado di prenderne visione).

Entro sei mesi dalla data di pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, ogni Stato membro, come pure ogni Paese terzo, può presentare opposizione contro la registrazione, inoltrandola alla Commissione (art. 7, par. 1).

Anche le persone fisiche o giuridiche stabilite in un Paese membro diverso da quello nel quale è stata presentata la domanda di registrazione, possono inoltrare a tale Stato membro una dichiarazione motivata entro un termine che gli consenta di introdurre l'opposizione nel rispetto della scadenza dei sei mesi dalla pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale* di cui sopra (art. 7, par. 2, primo e secondo comma).

Se le persone fisiche o giuridiche, intenzionate ad opporsi, sono stabilite in un Paese terzo, le stesse possono, entro il termine di sei mesi dalla predetta pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale*, presentare l'opposizione direttamente alla Commissione europea oppure per il tramite dell'Autorità del Paese terzo nel quale sono stabilite (art. 7, par. 2, terzo comma).

⁷ Anche questa modifica innovativa è stata introdotta soprattutto per ottemperare alla sentenza della Corte di giustizia emessa, in particolare, nella nota causa sul "Prosciutto di Parma" (sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. 108/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5163, spec. punti 97-99, p. 5193); v. sul punto il commento di S. VENTURA, *Protezione delle denominazioni di origine e libera circolazione dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2003, p. 333, spec. p. 336.

I motivi sui quali l'opposizione deve essere fondata sono indicati nel par. 3 dell'art. 7 del regolamento Ce n. 510/2006.

Trascorso il termine dei sei mesi, la Commissione, in mancanza di opposizioni, procede alla registrazione della denominazione, pubblicandola sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (art. 7, par. 4).

Nel caso invece in cui siano state introdotte opposizioni, la Commissione invita tutte le parti interessate a trovare un accordo (art. 7, par. 5).

Se l'accordo viene raggiunto, è prevista una procedura che consente, alla Commissione, a determinate condizioni, di pervenire alla pubblicazione definitiva della registrazione sulla *Gazzetta ufficiale*.

Nel caso invece in cui l'accordo non venga raggiunto, spetta alla Commissione, che si avvale dell'assistenza del Comitato permanente di cui all'art. 15 del regolamento Ce n. 510/2006, di adottare la decisione finale.

Ovviamente, tale decisione sarà soggetta ai mezzi di ricorso previsti dall'ordinamento comunitario. Potrà quindi essere impugnata con ricorso diretto in base all'art. 230 del Trattato Ce davanti al Tribunale di primo grado oppure potrà essere oggetto di una procedura pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia su rinvio di un giudice nazionale sulla base dell'art. 234 dello stesso Trattato Ce.

c. Modalità di espletamento della procedura di modifica del disciplinare di produzione

L'art. 9 del regolamento Ce n. 510/2006 disciplina la procedura di modifica del disciplinare di produzione relativo ad una denominazione d'origine (o ad una indicazione geografica) protetta, quando l'Associazione interessata ritenga necessario modificare il disciplinare per tener conto dei cambiamenti intervenuti in sede tecnico-scientifica od anche per rivedere i confini dell'area geografica protetta.

Se la modifica richiesta comporta una variazione del documento unico, sopra menzionato, in tal caso deve essere seguita la procedura ordinaria, in precedenza descritta, prevista per ottenere la registrazione della denominazione.

Ciò significa che l'Associazione interessata è tenuta a presentare la domanda di modifica al competente Stato membro il quale, prima di adottare la decisione, dovrà garantire che ogni interessato possa opporsi in osservanza dei criteri sopra indicati. La decisione sarà poi trasmessa alla Commissione la quale procederà alla pubblicazione della modifica sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* secondo la procedura già nota.

Di contro, se la modifica richiesta non comporta alcuna variazione del documento unico, lo Stato membro interessato può procedere a modificare il disciplinare rendendolo pubblico e informandone la Commissione.

Nel caso in cui dovesse trattarsi di una denominazione (o indicazione) relativa ad una zona geografica situata in un Paese terzo, è la stessa Commissione che provvederà alla modifica richiesta.

d. Modalità di espletamento della procedura per ottenere la cancellazione di una denominazione di origine o di un'indicazione geografica

L'art. 12 del regolamento Ce n. 510/2006 ha disciplinato in modo formale anche la procedura di cancellazione di una denominazione registrata, sulla base degli stessi criteri applicabili alla procedura prevista per ottenerne la registrazione, che sopra abbiamo descritto.

La novità risiede nel fatto che la richiesta di cancellazione potrà essere presentata anche da «ogni persona fisica o giuridica che abbia un interesse legittimo».

La Commissione procederà, sulla base dell'art. 16, lett. k. del regolamento Ce n. 510/2006 a fissare le modalità relative alle condizioni di cancellazione delle denominazioni registrate.

1. MODIFICHE INNOVATIVE DI CARATTERE SOSTANZIALE

Anche le modifiche innovative di ordine sostanziale, contenute nel regolamento Ce n. 510/2006, sono diverse e quelle più importanti verranno in prosieguo singolarmente analizzate.

a. Registrazione di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche riferite ad un Paese terzo

Come più sopra è stato ricordato, per adeguare la normativa europea alle richieste dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, è stato riconosciuto anche ad un Paese terzo il diritto di chiedere la registrazione in sede comunitaria di una denominazione di origine (o di una indicazione geografica) che risulti già protetta sul suo territorio.

Ciò significa, pertanto, che, con riferimento ai Paesi terzi, non trova applicazione la procedura comunitaria di registrazione, sopra descritta, che risulta unicamente applicabile alla registrazione di denominazioni (o indicazioni) riferite agli Stati membri.

La denominazione (o indicazione) riferita ad un Paese terzo potrà essere quindi registrata nell'Unione europea soltanto se la stessa già goda di protezione nell'ordinamento di tale Paese.

Occorre segnalare, in particolare, che la domanda di registrazione potrà essere presentata alla Commissione dagli operatori interessati direttamente oppure per il tramite delle Autorità competenti del Paese terzo considerato.

È opportuno anche notare che, in base all'art. 8, par. 3 del regolamento Ce n. 510/2006, le menzioni: «denominazione d'origine protetta» e «indicazione geografica protetta» possono essere riportate sull'etichetta dei prodotti originari dei Paesi terzi, se gli stessi vengono commercializzati con una denominazione legittimamente registrata in sede comunitaria in base al predetto regolamento.

b. Obbligo di apposizione delle menzioni: «denominazione di origine protetta» (DOP) e «indicazione geografica protetta» (IGP)

Mentre, come abbiamo appena visto, per la presentazione dei prodotti originari dei Paesi terzi, l'utilizzo delle menzioni DOP o IGP sulle etichette rimane facoltativo, tale utilizzo diventa obbligatorio con il nuovo regolamento, per quanto riguarda le denominazioni e le indicazioni che contraddistinguono i prodotti originari della Comunità europea (cfr. art. 8, par. 2 del regolamento Ce n. 510/2006).

Ovviamente, per consentire l'eliminazione sia delle scorte esistenti sul mercato sia degli imballaggi stampigliati secondo le norme precedentemente in vigore, l'obbligo predetto dovrà essere osservato a partire dal 1° maggio 2009 (art. 20, secondo comma, del regolamento Ce n. 510/2006)⁸.

c. Organi di controllo

Secondo l'art. 11, par. 1 del regolamento Ce n. 510/2006, i controlli per accertare la conformità dei prodotti con DOP o IGP alle prescrizioni dei rispettivi disciplinari di produzione devono essere effettuati o dalle autorità competenti appositamente incaricate oppure da organismi di controllo designati come organismi di certificazione dei prodotti.

Il par. 2 dello stesso art. 11, qui esaminato, impone regole analoghe anche per il controllo dei prodotti originari dei Paesi terzi che sono commercializzati con denominazioni protette secondo il regolamento Ce n. 510/2006.

⁸ È stupefacente come sia stato possibile tradurre in modo incomprensibile in lingua italiana la prescrizione, cui ci si riferisce nel testo, che appare così facile da comprendere in tutte le altre versioni linguistiche. Nella versione inglese e francese, infatti, appare evidente che l'obbligo di riportare le menzioni DOP o IGP sui prodotti qui considerati decorre dal 1° maggio 2009, «without prejudice to products already placed on the market before that date» o «sans préjudice des produits déjà mis sur le marché avant cette date».

Di contro, la versione italiana riporta questo testo: «Tuttavia le disposizioni di cui all'art. 8, par. 2, si applicano a decorrere dal 1° maggio 2009, ad eccezione dei prodotti immessi sul mercato prima di tale data».

Così formulata, tale prescrizione dovrebbe pertanto essere intesa nel senso che in Italia l'obbligo di riportare sui prodotti le menzioni DOP e IGP decorre dal 1° maggio 2009, ad eccezione di tutti i prodotti che sono stati immessi sul mercato prima di tale data! Si dovrebbe quindi concludere che, in Italia, già oggi tutti i prodotti qui considerati dovrebbero riportare obbligatoriamente le menzioni di cui sopra!!

Secondo il successivo par. 3 dell'art. 11, se il controllo viene affidato ad organismi di certificazione, questi devono rispettare la norma europea EN 45011 oppure la guida ISO/CEI 65 (che si riferiscono ai requisiti generali relativi agli organismi che gestiscono sistemi di certificazione dei prodotti). Inoltre, tali organismi, a partire dal 1° maggio 2010, dovranno essere accreditati in conformità alle stesse norme.

Come si può comprendere, questa imposizione determinerà senz'altro un aumento dei costi, ma, d'altro canto, accrescerà notevolmente l'affidabilità degli organismi di certificazione e la credibilità dei controlli da essi effettuati.

L'art. 11, par. 4 del regolamento Ce n. 510/2006 stabilisce, infine, che se i controlli vengono affidati alle Autorità competenti, queste devono essere in grado di attuarli in modo appropriato, fornendo tutte le garanzie necessarie sia per quanto riguarda il possesso di personale qualificato e di risorse adeguate, sia per quanto riguarda la capacità di eseguire controlli in modo obiettivo ed imparziale.

d. Esecuzione dei controlli

Il par. 2 dell'art. 10 del regolamento Ce n. 510/2006 stabilisce che gli operatori sottoposti all'osservanza delle disposizioni del regolamento medesimo (produttori e distributori), devono essere «coperti da un sistema di controlli ufficiali».

Avendo il par. 1 dello stesso art. 10, qui esaminato, fatto riferimento al regolamento Ce n. 882/2004⁹ relativo ai controlli ufficiali sui prodotti alimentari (e sui mangimi) si comprende meglio il significato della frase contenuta nel par. 2 dell'art. 10 sopra riportata.

Come è noto, dopo l'entrata in vigore, nell'Unione europea, a partire dal 1° gennaio 2006, dei nuovi regolamenti comunitari sull'igiene, la sicurezza e i controlli dei prodotti alimentari (e dei mangimi)¹⁰, tutti gli operatori dell'intera catena alimentare (attivi nelle fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione) sono considerati responsabili per quanto riguarda l'igiene e la sicurezza dei loro prodotti, alla luce dei principi stabiliti nel regolamento Ce n. 178/2002¹¹, quando applicano le regole ad essi imposte dalla nuova normativa comunitaria appena richiamata.

Orbene, l'osservanza di tali regole viene assicurata da un sistema di controlli ufficiali il cui funzionamento, per quanto riguarda la generalità dei prodotti alimentari, è disciplinato dal regolamento Ce n. 882/2004 (richiamato,

⁹ Pubblicato, nella versione rettificata, in *Gu-Ue* n. L 191 del 28 maggio 2004, p. 1.

¹⁰ Si tratta dei regolamenti costituenti il c.d. «Pacchetto igiene», cfr. F. CAPELLI, *La direttiva "killer" e le sue vittime*, in *Alimenta*, 2005, p. 223 nonché *supra*, p. 95 ss.

¹¹ Pubblicato in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1.

appunto, all'art. 10 del regolamento Ce n. 510/2006)¹².

In particolare, il regolamento Ce n. 882/2004, al *considerando* n. 9, fa espresso riferimento ai controlli previsti dal regolamento Cee n. 2081/92, ora sostituito dal regolamento Ce n. 510/2006.

Inoltre l'art. 13, par. 3 e 4 del regolamento Ce n. 852/2004¹³ sull'igiene dei prodotti alimentari ai quali si applica il sistema dei controlli ufficiali di cui al regolamento Ce n. 882/2004, fa espresso riferimento alla possibilità di introdurre deroghe in materia di igiene quando si tratta di garantire la continuità dei metodi tradizionali impiegati per la produzione, la trasformazione o la distribuzione di prodotti alimentari con caratteristiche qualitative particolari.

Dal complesso delle norme appena evocate, si deduce che tutti i prodotti alimentari presi in considerazione dal regolamento Ce n. 510/2006, qui esaminato, dovranno essere sottoposti tanto ai controlli previsti da tale regolamento al fine di accertare la conformità dei prodotti ai rispettivi disciplinari di produzione, quanto ai controlli ufficiali relativi all'igiene e alla sicurezza dei prodotti alimentari disciplinati dal regolamento Ce n. 882/2004.

Per quanto riguarda però questi ultimi controlli, dovranno essere osservate le disposizioni sopra menzionate relative alle deroghe previste per i prodotti tradizionali, tra i quali chiaramente rientrano i prodotti con DOP o IGP.

e. Pagamento di un contributo per la copertura delle spese

L'art. 18 del regolamento Ce n. 510/2006 prevede che gli Stati membri possono pretendere dagli operatori il pagamento di un contributo (chiamato: *tassa*) per la copertura sia delle spese di procedura di registrazione delle domande, sia delle spese sostenute per l'esame delle opposizioni e delle richieste di modifica dei disciplinari sia, infine, delle spese sostenute per la procedura di cancellazione.

1. DISPOSIZIONI FONDAMENTALI DEL PRECEDENTE REGOLAMENTO CEE N. 2081/92 CHE RIMANGONO SOSTANZIALMENTE INALTERATE NEL NUOVO REGOLAMENTO CE N. 510/2006

Come precisato all'inizio, l'impianto generale del precedente regolamento Cee n. 2081/92 non ha subito modifiche nel regolamento Ce n. 510/2006.

Rimangono pertanto immutate le regole sulla tutela giuridica delle denominazioni d'origine (DOP) e delle indicazioni geografiche (IGP), una volta intervenuta la loro registrazione in sede comunitaria.

¹² Per quanto riguarda i prodotti alimentari di origine animale, il sistema dei controlli ufficiali è disciplinato dal regolamento Ce n. 854/2004 (*Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 83).

¹³ Pubblicato nella versione rettificata, in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 3.

Bisogna riconoscere che si tratta di una tutela giuridica di notevole efficacia.

Secondo il regolamento Ce n. 510/2006, la registrazione di una denominazione può essere impedita soltanto se tale denominazione si scontra con un marchio notorio da tempo utilizzato sul mercato, con il rischio di provocare confusione nei consumatori (art. 3, par. 4).

Nel caso invece in cui il marchio precedentemente registrato od utilizzato non sia notorio e da tempo impiegato, lo stesso non impedisce la registrazione della denominazione DOP o IGP ma può con essa convivere, se, come marchio, non incorre in nullità per motivi di ordine tecnico-giuridico (artt. 14, par. 2).

Ma una volta legittimamente registrata, la denominazione di origine (o la indicazione geografica) impedisce la registrazione di qualsiasi marchio relativo ad un prodotto comparabile, la cui richiesta di registrazione sia stata presentata successivamente alla data di presentazione della domanda di registrazione della denominazione DOP o IGP (art. 14, par. 1).

Qualora la denominazione sia stata legittimamente registrata, l'art. 13 del regolamento Ce n. 510/2006 provvede a tutelarla contro ogni contraffazione, imitazione o semplice evocazione da chiunque poste in essere. Contro tali comportamenti i legittimi interessati possono infatti agire in giudizio davanti ai tribunali di tutti gli Stati membri.

Nel caso in cui sia uno Stato membro a consentire l'imitazione o la contraffazione della denominazione (o indicazione) registrata, in tal caso sarà la Commissione europea ad avviare il procedimento di infrazione contro tale Stato membro in base all'art. 226 del Trattato Ce¹⁴.

Da ultimo, è opportuno ricordare che in base all'art. 3, par. 3 del regolamento Ce n. 510/2006 possono essere registrate anche denominazioni omonime avendo cura, quando la registrazione è effettuata, di «garantire un trattamento equo ai produttori interessati e di non indurre in errore il consumatore»¹⁵ (art. 3, par. 3, lett. *b.*).

¹⁴ È quanto sta avvenendo nella vicenda della causa n. 132/05, introdotta davanti alla Corte di giustizia il 21 marzo 2005 dalla Commissione europea contro la Repubblica tedesca perché in Germania non viene tutelata la denominazione «Parmesan», che risulta utilizzata dai produttori tedeschi di un formaggio di pasta dura che essi da tempo chiamano «Parmesan», ritenendo che tale denominazione sia divenuta generica e, quindi, non tutelabile.

¹⁵ Un caso di omonimia molto interessante riguarderà, fra breve, le due celebri denominazioni «Aceto Balsamico Tradizionale di Modena» e «Aceto Balsamico di Modena». La prima denominazione è già registrata come DOP mentre per la seconda è in corso la procedura di registrazione come IGP.

II. Il decreto "sanzionatorio" n. 297/2004

Come ugualmente accennato agli inizi, lo Stato italiano, mediante il dlgs n. 297 del 19 novembre 2004, modificato dal dl n. 2 del 10 gennaio 2006¹⁶, ha introdotto la normativa nazionale destinata a sanzionare le violazioni in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche registrate in sede comunitaria.

1. STRUTTURA DEL DECRETO "SANZIONATORIO"

Il decreto "sanzionatorio" è diviso in quattro parti.

La prima parte (Capo I, artt. 1-3) disciplina l'applicazione delle sanzioni amministrative nei confronti degli operatori economici sia in caso di violazioni da essi commesse in materia di denominazioni di origine o di indicazioni geografiche protette in sede comunitaria, sia in caso di comportamenti da essi tenuti in contrasto con le prescrizioni impartite dalle Autorità di controllo o dai competenti Consorzi di tutela.

La seconda parte (Capo II, artt. 4-6) disciplina l'applicazione delle sanzioni amministrative nei confronti delle strutture di controllo o dei Consorzi di tutela in caso di violazioni che siano commesse da tali strutture o dagli stessi Consorzi di tutela.

La terza parte (Capo III, art. 7) riguarda le sanzioni amministrative applicabili agli operatori economici che non osservano le "inibizioni" disposte dall'Autorità competente. Può trattarsi, ad esempio, dell'inibizione ad utilizzare una denominazione protetta (cfr. art. 1, par. 3) oppure dell'inibizione a continuare l'imitazione di una denominazione protetta (cfr. art. 2, par. 7).

La quarta parte (Capo IV, artt. 8-11) riguarda sia le competenze degli Agenti vigilatori dei Consorzi di tutela ad accertare le violazioni commesse ai danni delle denominazioni tutelate, sia le competenze del Ministero per le politiche agricole e forestali ad effettuare accertamenti specifici.

Ovviamente ogni Agente vigilatore potrà accertare le violazioni soltanto con riferimento alle denominazioni dei prodotti sottoposti alla tutela dei Consorzi che gli hanno legittimamente conferito l'incarico. È infatti possibile che due diversi Consorzi si avvalgano dello stesso agente vigilatore per accertare le violazioni¹⁷.

Per quanto riguarda invece la competenza ad irrogare le sanzioni amministrative, questa viene affidata dall'art. 11 al Ministero per le politiche agricole e forestali¹⁸.

¹⁶ V. *infra*, p. 139 ss., nella rubrica «Documentazione».

¹⁷ Cfr. art. 2, par. 2 del decreto 12 aprile 2000 del Ministero per le politiche agricole e forestali, in *Guri* n. 97 del 27 aprile 2000.

¹⁸ Cfr. per le modalità applicative, il dm 1° dicembre 2005 del Ministero per le politiche agricole e forestali, in *Guri* n. 285 del 7 dicembre 2005.

2. VALUTAZIONI CRITICHE DEL DECRETO "SANZIONATORIO"

Per i limitati fini del presente commento, procediamo all'esame della sola prima parte del decreto (Capo I, artt. 1 e 2).

a. *Tutela contro le evocazioni, imitazioni e usurpazioni delle denominazioni protette*

L'art. 2 del decreto "sanzionatorio" prevede l'applicazione di diverse sanzioni amministrative (facendo salva l'eventuale applicazione delle pertinenti norme penali) con riferimento alle diverse ipotesi di violazione elencate nell'art. 13, par. 1, lett. *b.*, *c.* e *d.* del regolamento Cee n. 2081/92 (rimasto immutato, sempre come art. 13, par. 1, lett. *b.*, *c.* e *d.* nel regolamento Ce n. 510/2006).

Si tratta di ipotesi riferibili a violazioni che normalmente si verificano nel settore della proprietà intellettuale.

In particolare l'art. 2, par. 1 del decreto "sanzionatorio" punisce con una sanzione specifica chiunque modifichi le denominazioni protette. A sua volta il par. 2 dello stesso art. 2, punisce con un'altra sanzione chiunque imiti, usurpi ed evochi le denominazioni protette.

Analogamente lo stesso art. 2 ai par. 3, 4 e 5 punisce chiunque cerchi di ingannare il consumatore circa la provenienza, l'origine, la natura o la qualità del prodotto al quale si riferisce la denominazione protetta.

Come si vede, facendo salva l'applicazione delle pertinenti norme penali, l'art. 2 del decreto "sanzionatorio" qui esaminato, disciplina in modo sostanzialmente corretto il meccanismo di applicazione delle sanzioni amministrative nazionali destinate a proteggere le denominazioni registrate in sede comunitaria.

b. *Tutela delle denominazioni registrate contro il loro utilizzo indebito da parte degli operatori economici*

L'art. 1 del decreto "sanzionatorio" (di faticosa lettura, non solo per il linguaggio impiegato ma anche per il modo in cui la stessa norma è strutturata) intende disciplinare, tra l'altro, l'applicazione di specifiche sanzioni amministrative in caso di utilizzo indebito delle denominazioni protette.

Il primo gruppo si riferisce ad ipotesi di violazioni che risultano di facile identificazione.

In particolare, l'art. 1, par. 1, lett. *a.*, punti 1, 2 e 3, punisce chiunque utilizzi una denominazione protetta (DOP o IGP) per commercializzare prodotti comparabili (dello stesso genere) che non hanno titolo di utilizzare la predetta denominazione: *a.* o perché il prodotto non è stato sottoposto al controllo da parte dell'autorità di controllo competente; *b.* o perché, pur essendo stato sottoposto al controllo, il prodotto non ha ottenuto la certificazione di conformi-

tà; *c.* o, infine, perché non è stato rispettato il disciplinare durante il processo di produzione del prodotto. Per ognuna delle ipotesi appena indicate, è prevista una sanzione amministrativa specifica.

Ma le ipotesi di violazione che qui principalmente interessano, sono quelle del secondo gruppo previste sia dall'art. 1, par. 1, lett. *b.*, che riguarda l'utilizzo di una denominazione protetta per commercializzare un prodotto *non comparabile* con quello che legittimamente reca la denominazione protetta, sia dall'art. 1, par. 1, lett. *c.* (punti 1 e 2) che riguarda la commercializzazione di prodotti composti, elaborati o trasformati che presentano nell'etichetta (o nella pubblicità) il riferimento ad una o a più denominazioni protette.

Orbene, se si mettono a confronto le ipotesi di violazione elencate nell'art. 13, par. 1, lett. *a.* del regolamento Ce n. 510/2006 (rimasto invariato nella sua formulazione rispetto alla stessa norma contenuta nel regolamento Cee n. 2081/92) si comprende subito che la violazione prevista dall'art. 1, par. 1, lett. *b.* del decreto "sanzionatorio", riferita ai *prodotti non comparabili*, è la stessa alla quale si riferisce l'ultima frase dell'art. 13, par. 1, lett. *a.* del regolamento Ce n. 510/2006, in cui la violazione viene ipotizzata «nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare la reputazione della denominazione protetta»¹⁹.

Se è esatta questa interpretazione, si comprende subito che, diversamente dall'art. 1, par. 1, lett. *b.* appena esaminato, l'art. 1, par. 1, lett. *c.*, introduce una sanzione per una violazione nuova che l'art. 13, par. 1 del regolamento Ce n. 510/2006 non prevede (come non era prevista nel precedente regolamento Cee n. 2081/92).

Si tratta, in effetti, di un'ipotesi di violazione che potrebbe addirittura non verificarsi nel caso in cui il Consorzio di tutela competente (o il Ministero per le politiche agricole e forestali) dovesse rilasciare un'apposita autorizzazione oppure nel caso in cui il riferimento alla denominazione protetta fosse soltanto ricavabile dalla lista degli ingredienti riportata sull'etichetta del prodotto composto.

Per comprendere a fondo la portata di questa norma conviene far riferimento ad un esempio concreto che aiuti a chiarire i concetti.

Se un'impresa che produce tortellini intende utilizzare come ingredienti un prosciutto DOP, evidenziando la denominazione di questo prodotto nel-

¹⁹ La versione dell'art. 13, par. 1, lett. *a.* del regolamento Cee n. 2081/92 era così formulata: «nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare *indebitamente* la reputazione della denominazione protetta». L'avverbio «indebitamente» era però presente nella sola versione italiana dell'art. 13 del regolamento Cee n. 2081/92. Giustamente, pertanto, tale avverbio è stato eliminato nella versione attuale dell'art. 13 del regolamento Ce n. 510/2006.

Ciò non cambia però il senso della norma, in quanto l'espressione «sfruttare la reputazione» ha sempre un senso negativo, dato che significa "approfittare indebitamente della reputazione". Se così non fosse, sarebbe stato usato il verbo "usare" o "utilizzare" che, ovviamente, è del tutto neutro.

l'etichetta dei tortellini, è evidente che tale impresa viene a trovarsi nell'ipotesi prevista dall'art. 1, par. 1, lett. c. del decreto "sanzionatorio", perché essa intende commercializzare un prodotto finito, composto da tortellini con prosciutto DOP, utilizzando un'etichetta che porta un riferimento ad una denominazione protetta.

Per questo solo fatto, l'art. 1, par. 1, lett. c., più volte citato, commina all'impresa una sanzione amministrativa da 2.500 a 16.000 euro.

Come già accennato, l'impresa considerata, per evitare tale sanzione, o chiede ed ottiene un'apposita autorizzazione del Consorzio di tutela (o del Ministero competente), oppure si limita ad indicare la denominazione protetta nella lista degli ingredienti (senza evidenziare la denominazione del prosciutto DOP sull'etichetta dei tortellini).

Da come la norma è strutturata, si comprende immediatamente che il suo obiettivo è quello di consentire al Consorzio di tutela (o al Ministero) di verificare preventivamente se l'eventuale riferimento alla denominazione protetta possa essere ritenuto uno sfruttamento indebito della registrazione della medesima.

Ma un controllo preventivo siffatto non è previsto dall'art. 13, par. 1 del regolamento Ce n. 510/2006 e neppure appare ammissibile secondo le regole generali del nostro ordinamento giuridico.

In altre parole, il Consorzio (o il Ministero) che in un caso specifico (come quello dell'impresa produttrice dei tortellini al prosciutto DOP dell'esempio sopra citato) considerino un esplicito riferimento ad una denominazione protetta come uno sfruttamento indebito della reputazione della denominazione medesima, possono senz'altro agire in giudizio contro l'impresa in questione, per dimostrare che, effettivamente, sussiste la violazione indicata nell'art. 13, par. 1, lett. a. del regolamento Ce n. 510/2006.

In tal caso è da ritenere che l'impresa in questione, pur di non vedersi attaccata dal Consorzio di tutela, farà di tutto per comportarsi in modo corretto e conforme alle norme applicabili.

Ma questo non significa che il riferimento ad una denominazione protetta, in un'ipotesi come quella sopra evocata, debba sempre essere considerata *tout court* una violazione sanzionabile (in mancanza di un'apposita autorizzazione).

È infatti evidente che l'impresa di cui all'esempio sopra riportato, avendo acquistato il prosciutto DOP ed essendone divenuta proprietaria, può disporre di tale prodotto come meglio crede in base all'art. 832 del Codice civile secondo cui «Il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

A questa conclusione si perviene, a maggior ragione, prendendo in considerazione la disciplina di situazioni analoghe contenuta nel codice della pro-

prietà industriale approvato con il dlgs n. 30 del 10 febbraio 2006, il cui art. 21, concernente le «Limitazioni del diritto di marchio», così recita: «1. I diritti di marchio d'impresa registrato non permettono al titolare di vietare ai terzi l'uso nell'attività economica: *a.* del loro nome e indirizzo; *b.* di indicazioni relative alla specie, alla qualità, alla quantità, alla destinazione, al valore, alla provenienza geografica, all'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio o ad altre caratteristiche del prodotto o del servizio; *c.* del marchio d'impresa se esso è necessario per indicare la destinazione di un prodotto o servizio, in particolare come accessori o pezzi di ricambio, purché l'uso sia conforme ai principi della correttezza professionale».

Come si vede, neppure il titolare di un marchio registrato può impedire a terzi di utilizzarlo nella loro attività, quando tale utilizzo viene effettuato in modo professionalmente corretto. Analogamente, il Consorzio titolare di una denominazione di origine (DOP o IGP) non potrà impedire l'utilizzo di tale denominazione da parte di terzi se tale utilizzo viene effettuato in modo professionalmente corretto.

È chiaro che sarà sempre auspicabile la conclusione di accordi tra le imprese interessate ad utilizzare una denominazione protetta e i Consorzi che tali denominazioni tutelano, ma non si può certo non tener conto delle regole vigenti nell'ordinamento giuridico.

Un'ultima notazione sembra opportuna prima di terminare questo paragrafo.

L'art. 1, par. 2 del decreto "sanzionatorio" impone a tutti gli operatori di indicare obbligatoriamente la menzione relativa alla denominazione di origine protetta (DOP) o quella relativa all'indicazione geografica protetta (IGP) sui prodotti che sono stati certificati ad esse conformi. Orbene, tale imposizione era in contrasto con l'art. 8 del precedente regolamento Cee n. 2081/92, secondo il quale l'indicazione delle predette menzioni era facoltativa e non obbligatoria.

L'obbligatorietà è stata però ora introdotta dal par. 2 dello stesso art. 8 del nuovo regolamento Ce n. 510/2006.

Ma la disposizione del decreto "sanzionatorio" sopra indicato non può comunque trovare applicazione fino al 1° maggio 2009, perché l'obbligo previsto dall'art. 8, par. 2, appena richiamato, diventerà efficace a partire da tale data in conformità all'art. 20 secondo comma del regolamento Ce n. 510/2006²⁰.

²⁰ V. *supra*, nota 8.

III. Valutazioni finali e conclusive

Volendo ora trarre alcune rapide conclusioni dalle considerazioni sopra svolte, dobbiamo riconoscere che se le disposizioni dei due provvedimenti in precedenza esaminati avranno, come ci auguriamo, un'applicazione seria e corretta all'interno del nostro Paese, le ricadute sulle produzioni agroalimentari italiane saranno senz'altro positive.

In primo luogo perché, essendo state introdotte procedure più trasparenti che attribuiscono a tutti gli interessati il diritto di intervenire efficacemente sia nella fase della procedura nazionale volta alla formulazione delle domande di registrazione delle denominazioni da proteggere, sia nelle fasi successive, le Autorità competenti, se stimolate in modo adeguato, saranno costrette ad essere maggiormente vigilanti nelle operazioni di controllo e di verifica della conformità dei prodotti alle regole applicabili, contribuendo così a rendere le denominazioni protette più affidabili e credibili agli occhi dei consumatori.

Di riflesso, potrà ottenersi un impatto selettivo benefico sui Consorzi di tutela, penalizzando quelli che non saranno in grado di svolgere adeguatamente il proprio lavoro. Tutto questo non potrà che giovare alla qualità della produzione agroalimentare italiana.

In secondo luogo, le ricadute positive saranno determinate dalla necessità di osservare le prescrizioni del regolamento Ce n. 882/2004 nell'esecuzione dei controlli sui prodotti con denominazione protetta, garantendo così anche il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di igiene e sicurezza dei prodotti alimentari. Ciò renderà un ulteriore vantaggio ai prodotti con denominazione protetta, rafforzandone l'immagine sui mercati europei e internazionali anche sotto il profilo salutistico.

L'applicazione seria e corretta delle normative sopra esaminate potrà quindi avere riflessi positivi sul sistema agroalimentare italiano nel suo complesso che riuscirà ad affermarsi con sempre maggiori possibilità di successo sui mercati mondiali se sarà in grado di creare efficaci sinergie tra produttori di prodotti di nicchia e produttori di prodotti di larga diffusione, che godono anch'essi, da tempo, di elevata reputazione su tutti i mercati.

Fausto Capelli

DOCUMENTAZIONE

LE MODIFICHE AL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

Costituzione della Repubblica italiana - Parte seconda

Titolo V - Le Regioni, le Province, i Comuni

(con le modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001)*

(*Omissis*)

Articolo 117¹

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

- a. politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;
- b. immigrazione;
- c. rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;
- d. difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;
- e. moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;
- f. organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del

* In argomento v. *infra*, p. 135 ss., la nota di *FAUSTO CAPELLI*.

¹ Articolo così sostituito dall'art. 3 della l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001 - Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, in *Guri* n. 248 del 24 ottobre 2001. V. anche l. n. 131 del 5 giugno 2003 - Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001, in *Guri* n. 132 del 10 giugno 2003.

V. infine l'art. 39 del «Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: "Modifiche alla Parte II della Costituzione"», comunicato del 18 novembre 2005 emanato dal Senato della Repubblica, in *Guri* n. 269 del 18 novembre 2005. Con dpr 28 aprile 2006, in *Guri* n. 100 del 2 maggio 2006, è stata fissata per il 25 giugno 2006 la data della consultazione referendaria per la conferma della legge costituzionale recante modifiche alla Parte II della Costituzione.

Parlamento europeo;

g. ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;

h. ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;

i. cittadinanza, stato civile e anagrafi;

l. giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;

m. determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

n. norme generali sull'istruzione;

o. previdenza sociale;

p. legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;

q. dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r. pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;

s. tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni.

La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato.

Articolo 118²

Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere *b.* e *h.* del secondo comma dell'art. 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

(Omissis)

Articolo 120³

La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.

(Omissis)

² Articolo così sostituito dall'art. 4 della l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001. V. anche l'art. 40 del «Testo di legge costituzionale», entrambi *cit. supra*, nota 1.

³ Articolo così sostituito dall'art. 6 della l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001. V. anche l'art. 41 del «Testo di legge costituzionale», entrambi *cit. supra*, nota 1.

RAPPORTI TRA STATO, REGIONI ED UNIONE EUROPEA DOPO LA MODIFICA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE*

I. Osservazioni introduttive

I rapporti tra Stato, Regioni italiane ed Unione europea risultano profondamente mutati in conseguenza dell'entrata in vigore della Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 che ha modificato in modo rilevante il Titolo V della seconda Parte della nostra Costituzione, soprattutto per quanto riguarda la ripartizione delle competenze in materia legislativa.

Per quanto si riferisce alle competenze legislative, infatti, l'innovazione è radicale, in quanto l'art. 117 della Costituzione, nella versione attuale, riserva in esclusiva allo Stato l'esercizio del potere legislativo in un numero preciso e circoscritto di materie (quelle elencate nel secondo comma dello stesso art. 117), mentre attribuisce alle Regioni una competenza legislativa generale in tutte le altre materie, pur riservando alla legge dello Stato, per le materie classificate di «legislazione concorrente» (quelle elencate nel terzo comma del citato art. 117), «la determinazione dei principi fondamentali».

Analogo cambiamento si può però riscontrare anche nell'attribuzione delle funzioni amministrative. L'art. 118 della Costituzione, nella versione attuale, attribuisce infatti in via primaria ai Comuni le funzioni amministrative, e solo in via secondaria e sussidiaria le riconosce alle Province, alle Regioni e allo Stato.

Infine, l'ultimo comma dello stesso art. 118 fa un chiaro accenno alla necessità di coinvolgere la società civile «per lo svolgimento di attività di interesse generale».

Orbene, cambiamenti di tale portata, che sono stati introdotti nella nostra Costituzione, non possono non incidere nei rapporti tra Stato italiano (in tutte le sue articolazioni) e Unione europea.

Ciò vale, quindi, non solo per il diverso ruolo che deve essere riconosciuto alle Regioni nella gestione degli "affari comunitari" rispetto a quello in precedenza svolto sotto l'impero della precedente Costituzione, ma anche per il diverso riconoscimento che deve essere attribuito sia agli enti locali (Comuni e Province) sia alla so-

* Testo della comunicazione presentata dall'Autore al 50° Convegno di Studi Amministrativi organizzato da Provincia di Lecco, Provincia di Como e Istituzione Villa Monastero, tenutosi a Varenna nei giorni 16-18 settembre 2004 su: «L'attuazione del Titolo V della Costituzione».

cietà civile. Per quanto riguarda la società civile, il suo coinvolgimento in attività consultive e di supporto all'azione politico-legislativa esercitata dallo Stato e dalle Regioni, potrebbe contribuire in modo efficace alla realizzazione delle finalità cui deve tendere la vera azione politica di uno Stato, non importa se unitario o federale, che è il soddisfacimento degli interessi della generalità dei cittadini e non solo di quelli rappresentati dalla maggioranza che governa¹.

Poiché la normativa comunitaria trova applicazione in diversi settori e soprattutto in quelli che hanno attinenza con l'economia, risulta evidente che, escludendo gli ambiti specificamente riservati allo Stato dal secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, le Regioni sono attualmente legittimate a svolgere da subito un ruolo importante per la gestione delle materie di cui ai menzionati settori interessati dalla normativa comunitaria.

II. Analisi del nuovo dettato costituzionale

Giova innanzitutto prendere in considerazione il primo comma dell'art. 117 della Costituzione (versione attuale) che così recita:

«La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Possiamo subito osservare che, con riferimento alla potestà legislativa, lo Stato e le Regioni sono collocati allo stesso livello.

Lo Stato e le Regioni sono sottoposti ai vincoli che derivano sia dalla Costituzione sia dall'ordinamento comunitario (nel rispetto degli obblighi internazionali).

Ne consegue che entro i limiti e i vincoli ricavabili dalla Costituzione, le Regioni possono ora esercitare la propria potestà legislativa anche nelle materie assoggettate alla normativa comunitaria, eccettuate quelle che, elencate nel secondo comma dello stesso art. 117 della Costituzione, risultano di competenza dello Stato e ad esso riservate.

Tale potestà legislativa è indicata nel quarto comma dell'art. 117 della Costituzione secondo cui:

«Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato».

Poiché si tratta di potestà legislativa completa, non vi è dubbio che la stessa potrà essere esercitata sia nella "fase ascendente" (elaborazione degli atti a livello comunitario), sia nella "fase discendente" (attuazione dei provvedimenti comunitari all'interno dell'ordinamento nazionale).

La conferma si ritrova nel quinto comma dell'art. 117 della Costituzione secondo cui:

«Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso

¹ Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

di inadempienza».

Il quinto comma dell'art. 117 della Costituzione riconosce pertanto alle Regioni poteri precisi tanto nella "fase ascendente" quanto nella "fase discendente" con le sole limitazioni di «procedura» (per entrambe le fasi) e con i soli vincoli connessi all'intervento sostitutivo dello Stato in caso di inadempienza delle Regioni.

Qualora le norme comunitarie fossero disattese dalle Regioni (come pure da altri soggetti) lo Stato potrebbe infatti, al posto dei soggetti inadempienti, provvedervi direttamente in base al secondo comma dell'art. 120 della Costituzione (versione attuale).

Con riferimento alla competenza delle Regioni nelle materie internazionali, questa si fonda sull'ultimo comma (nono) dell'art. 117 della Costituzione così formulato:

«Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato».

III. Valutazioni conclusive

Se dobbiamo esprimere un giudizio con riferimento alle norme sopra esaminate, possiamo dire che i cambiamenti costituzionali introdotti hanno quasi trasformato le Regioni italiane in tanti enti territoriali analoghi ai *Länder* della Repubblica federale tedesca.

Tale particolarità potrebbe in effetti suggerire di proporre l'istituzione di una sorta di "Ente regionale" cui affidare il compito di coordinare l'attività delle Regioni e delle Province autonome².

Nel nostro sistema costituzionale, in effetti, non è prevista una Camera delle Regioni come invece è prevista dalla Costituzione tedesca. Come in Germania il *Bundesrat* rappresenta i *Länder*, si potrebbe pensare di istituire in Italia un Ente composto dalle Regioni italiane (con le Province di Bolzano e Trento), con competenze specifiche in materia di affari comunitari e internazionali di interesse per le Regioni e le Province autonome italiane. Un Ente del genere consentirebbe alle Regioni e alle Province autonome di intervenire su ogni questione europea e/o internazionale di loro competenza. Un Ente siffatto potrebbe essere istituito sulla base dell'art. 117 della Costituzione, nel suo complesso, e in particolare sulla base dell'ottavo comma dello stesso articolo che così stabilisce:

«La Legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, *anche con individuazione di organi comuni*»³.

Se in seno all'Ente regionale qui considerato viene raggiunta una posizione comune nell'interesse delle Regioni e delle Province autonome, la stessa posizione potrà essere messa a confronto con quella del Governo, nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni.

Grazie a queste Conferenze Stato-Regioni, pertanto, relativamente alle materie

² Per la verità, la legge n. 11 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 (che ha abrogato e sostituito la c.d. legge «La Pergola»), ha previsto all'art. 2 l'introduzione di un organo con funzioni giuridiche analoghe a quelle indicate nel testo. Si tratta del CIACE (Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei).

³ Corsivo aggiunto.

non riservate alla competenza esclusiva dello Stato, dovrebbero essere raggiunte le posizioni vincolanti nelle materie di interesse comunitario di competenza delle Regioni.

Ugualmente innovativa è la proposta di coinvolgere gli Enti locali e la stessa società civile, secondo l'art. 118, ultimo comma della Costituzione che è così formulato:

«Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Per la verità, anche il «Libro Bianco» della Commissione sulla «Governance europea»⁴ propone, per ogni Regione e Provincia autonoma, la creazione di un meccanismo di consultazione sistematica che consenta ai Comuni, alle Province e alla società civile (associazioni di ogni tipo, enti di varia natura, etc.) di far pervenire le proprie opinioni agli organi competenti a decidere, tramite osservazioni critiche e validi suggerimenti su tutti gli argomenti di loro interesse. Oggigiorno, infatti, è possibile raccogliere, con i mezzi tecnologici attuali, dati e informazioni che in precedenza non si potevano ottenere.

Si tratterebbe di imitare, in sostanza, il sistema seguito con successo dalla Commissione europea grazie ai suoi Libri Verdi e Libri Bianchi che si trasformano (in seguito alle osservazioni, alle critiche e ai suggerimenti trasmessi dagli interessati) in un formidabile strumento di tecnica legislativa, costituendo la base per le proposte dei regolamenti, delle direttive e delle decisioni da adottare in sede comunitaria⁵.

Fausto Capelli

⁴ *Guce* n. C 287 del 12 ottobre 2001, p. 2. Sul punto v. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss.

⁵ Nell'Unione europea, il coinvolgimento e la consultazione dei cittadini e della società civile avvengono facendo ricorso ai sistemi già collaudati basati sui Libri Verdi e sui Libri Bianchi. Inoltre, la Commissione procede alla consultazione dei cittadini, ed in particolare delle parti interessate, anche mediante l'organizzazione di comitati consultivi e di gruppi consultivi d'impresе e mediante consultazioni *ad hoc* e *online*. Va segnalato, a tale proposito, che la Commissione ha sviluppato meccanismi basati su Internet per consultare i cittadini, per ricevere informazioni utili e per consentire di valutare l'impatto delle politiche dell'Unione europea nei singoli Stati membri. Si tratta della cosiddetta «Definizione interattiva delle politiche» (IPM: dalla espressione inglese «Interactive Policy Making»). Tale iniziativa mira a migliorare il sistema di governo ed a garantire che il processo decisionale dell'Unione europea possa tenere conto in maggior misura della concreta esperienza dei cittadini, ed in particolare dei consumatori e delle imprese europee operanti nel mercato interno.

A tale scopo viene utilizzato Internet (consultazione *online*) per raccogliere le reazioni spontanee sul mercato nonché per ricevere i pareri delle parti interessate sulle attività politiche riguardanti in particolare problematiche di natura giuridica e fiscale, libera circolazione di beni e persone all'interno del mercato unico, certificazioni e armonizzazione tecnica, malfunzionamento di amministrazioni pubbliche. Attraverso il sistema della «Politica interattiva» la Commissione raccoglie informazioni sia attraverso numerosi intermediari e punti di contatto sul territorio dei singoli Stati membri (ad esempio: la rete degli Eurosportelli: «Euro Info Centres») che segnalano in forma anonima i dati relativi ai casi e ai quesiti più complessi tramite un'apposita banca dati, sia attraverso consultazioni *on line* che consentono di rilevare le opinioni dei diretti interessati in merito a specifici temi. Inoltre sono stati creati comitati permanenti per valutare queste reazioni, come ad esempio il comitato «European Business Test Panel» (EBTP). Attraverso l'EBTP, le imprese hanno l'opportunità di descrivere il possibile impatto delle proposte normative sulle loro attività (v. sulla politica interattiva anche: <http://europa.eu.int/yourvoice/ipm>). Infine la consultazione dei cittadini deve rispettare determinati requisiti minimi: v. la comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002 «Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate», COM(2002)704 def.

**LE SANZIONI PREVISTE DAL DECRETO ITALIANO N. 297/2004
PER LE VIOLAZIONI DELLE DISPOSIZIONI COMUNITARIE
POSTE A TUTELA DELLE DOP E DELLE IGP**

Decreto legislativo n. 297 del 19 novembre 2004 - Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (Cee) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari*

Il Presidente della Repubblica

visti gli artt. 76 e 87 della Costituzione;

visto il regolamento (Cee) n. 2081/92 del 14 luglio 1992, del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari;

vista la legge 21 dicembre 1999, n. 526, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria 1999) ed in particolare l'art. 14;

vista la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante modifiche al sistema penale;

visto il decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, recante depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205;

vista la legge 3 febbraio 2003, n. 14, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria 2002) ed in particolare l'art. 3;

visto il dm 12 settembre 2000, n. 410 del Ministro delle politiche agricole e forestali, recante adozione del regolamento concernente la ripartizione dei costi derivanti dalle attività dei Consorzi di tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, incaricati dal Ministero delle politiche agricole e fore-

* In *Guri* n. 293 del 15 dicembre 2004. In argomento v. *supra*, p. 115 ss. il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

stali;

vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 13 novembre 2003;

acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano;

acquisiti i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

viste le deliberazioni del Consiglio dei Ministri, adottate nelle riunioni del 16 luglio 2004 e del 28 ottobre 2004;

sulla proposta del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle politiche agricole e forestali;

emana il seguente decreto legislativo:

Capo I - Dei produttori

Articolo 1 - Uso commerciale

1. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque impiega commercialmente in maniera diretta o indiretta una denominazione protetta, intendendo per tale una denominazione di origine o una indicazione geografica così come definite nell'art. 2 del regolamento (Cee) n. 2081/92 del 14 luglio 1992, del Consiglio, o il segno distintivo o il marchio, registrati ai sensi del citato regolamento, è sottoposto alle sanzioni amministrative di seguito individuate:

a. per prodotti comparabili, in quanto appartenenti allo stesso tipo, non aventi diritto a tale denominazione a causa:

1. del mancato assoggettamento al controllo della struttura di controllo pubblica designata o privata autorizzata dal Ministero delle politiche agricole e forestali ai sensi dell'art. 53 della legge 24 aprile 1998, n. 128, come sostituito dall'art. 14 della legge 21 dicembre 1999, n. 526, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro tremila ad euro ventimila;

2. del mancato ottenimento della certificazione di conformità rilasciata dalla struttura di controllo di cui al presente comma, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemilacinquecento ad euro sedicimila;

3. dell'accertata violazione della disciplina di produzione è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemila ad euro tredicimila;

b. per prodotti non comparabili, in quanto non appartenenti allo stesso tipo, nella misura in cui l'uso della denominazione protetta consente di sfruttare indebitamente la reputazione della stessa, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquecento ad euro tremilacinquecento;

c. per prodotti composti, elaborati o trasformati che recano nell'etichettatura, nella presentazione o nella pubblicità, il riferimento *ad una o più denominazioni protette*¹, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemilacinque-

¹ Le parole «ad una denominazione protetta» sono state sostituite dall'espressione riportata in corsivo, come stabilito dal D.L. n. 2 del 10 gennaio 2006, in *Guri* n. 8 dell'11 gennaio 2006, convertito con modificazione nella L. 11 marzo 2006, n. 81, in *Guri* n. 59 dell'11 marzo 2006, n. 59, *suppl. ord.*

cento ad euro sedicimila. Non costituisce violazione di cui alla presente lettera il riferimento alla denominazione protetta:

1. *quando gli utilizzatori del prodotto composto, elaborato o trasformato*² sono autorizzati dal Consorzio di tutela della denominazione protetta riconosciuto ai sensi dell'art. 53 della legge 24 aprile 1998, n. 128, come sostituito dall'art. 14 della legge 21 dicembre 1999, n. 526, e risultano inseriti in apposito registro attivato, tenuto e aggiornato dal Consorzio stesso. In mancanza del provvedimento di riconoscimento del Consorzio la predetta autorizzazione può essere concessa dal Ministero delle politiche agricole e forestali - Direzione generale per la qualità dei prodotti agroalimentari e la tutela del consumatore, che provvede anche alla gestione del citato registro;

2. o quando il riferimento alla denominazione protetta è riportato soltanto tra gli ingredienti del prodotto confezionato che lo contiene o in cui è elaborato o trasformato.

2. Chiunque detiene per la commercializzazione o l'immissione al consumo prodotti privi della indicazione della denominazione protetta, già certificati conformi ad essa, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria di euro cento per ogni chilogrammo, litro o frazione di essi o comunque per ogni singola confezione, qualora essa sia di peso o di capacità inferiore alle misure di riferimento prima menzionate, di prodotto rinvenuto.

3. Per tutti gli illeciti previsti al comma 1 è disposta la sanzione accessoria dell'inibizione all'uso della denominazione protetta per le quantità accertate e, tenuto conto della gravità del fatto, desunta anche dalle quantità dei prodotti oggetto delle condotte sanzionate nel presente articolo e del rischio di induzione in errore dei consumatori finali, può essere disposta la pubblicazione del provvedimento che accerta la violazione a spese del soggetto cui la sanzione è applicata.

Articolo 2 - Designazione e presentazione della denominazione del segno distintivo o del marchio

1. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque modifica, per la commercializzazione o l'immissione al consumo, la denominazione protetta, o il segno distintivo o il marchio così come registrati ai sensi del regolamento (Cee) n. 2081/92, del 14 luglio 1992, del Consiglio, per un prodotto certificato conforme, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro tremila ad euro quindicimila.

2. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque nella designazione e presentazione del prodotto usurpa, imita, o evoca una denominazione protetta, o il segno distintivo o il marchio, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se la denominazione protetta è una traduzione non consentita o è accompagnata da espressioni quali genere, tipo, metodo, alla maniera, imitazione, o simili è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemila ad euro tredicimila.

3. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque utilizza sulla confezione o sull'imballaggio, nella pubblicità, nell'informazione ai consumatori o sui

² Le parole «quando la denominazione è il componente esclusivo della categoria merceologica di appartenenza e gli utilizzatori del prodotto composto, elaborato o trasformato» sono state sostituite dall'espressione riportata in corsivo, come stabilito dal D.L. n. 2 del 10 gennaio 2006, *cit.*

documenti relativi ai prodotti considerati indicazioni false o ingannevoli relative alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali dei prodotti o utilizza le indicazioni non conformi a quanto indicato nei disciplinari di produzione della denominazione protetta e nelle relative disposizioni applicative, nonché impiega, per la confezione, recipienti che possono indurre in errore sull'origine è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro tremila ad euro ventimila.

4. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque pone in essere qualsiasi altra prassi o comportamento idoneo ad indurre in errore sulla vera origine dei prodotti, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro tremila ad euro ventimila.

5. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque usa un marchio d'impresa che riproduce od evoca una denominazione protetta, a meno che non ricorra il caso di cui all'art. 14 del citato regolamento (Cee) n. 2081/92, ovvero contraffà il segno distintivo o il marchio o altro sigillo o simbolo che ha costituito oggetto della registrazione ai sensi del medesimo regolamento (Cee) n. 2081/92, ovvero detiene o usa tale segno distintivo o marchio o altro sigillo o simbolo contraffatto, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila ad euro cinquantamila.

6. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, l'uso di espressioni da parte di qualsiasi soggetto, non autorizzato dal Ministero delle politiche agricole e forestali che, nella pubblicità e nell'informazione ai consumatori, sono dirette a garantire o ad affermare lo svolgimento di attività di controllo o di vigilanza su una denominazione protetta, attività che la normativa vigente attribuisce in via esclusiva rispettivamente alla struttura di controllo di cui all'art. 1, comma 1, lett. a., numero 1), e al Consorzio di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. c., numero 1), è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria di euro cinquantamila.

7. Per tutti gli illeciti previsti dal presente articolo è disposta la sanzione accessoria dell'inibizione del comportamento sanzionato e, tenuto conto della gravità del fatto, desunta dalle quantità dei prodotti oggetto delle condotte sanzionate nel presente articolo e del rischio di induzione in errore dei consumatori finali, può essere disposta la pubblicazione del provvedimento che accerta la violazione a spese del soggetto cui la sanzione è applicata.

Articolo 3 - Piano di controllo

1. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, il soggetto a carico del quale la struttura di controllo di cui all'art. 1, comma 1, lett. a., numero 1), o una competente autorità pubblica accerti una non conformità classificata grave nel piano di controllo di una denominazione protetta, approvato con il corrispondente provvedimento autorizzatorio della predetta struttura, in assenza di ricorso avverso detto accertamento o a seguito di decisione definitiva di rigetto del ricorso, ove presentato, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemila ad euro tredicimila.

2. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, il soggetto immesso nel sistema di controllo che pone in essere un comportamento diretto a non consentire le ispezioni e/o a impedire il prelievo di campioni ovvero ad intralciare o ad ostacolare l'attività di verifica dei documenti da parte degli incaricati della struttura di controllo, di cui al comma 1 o degli agenti vigilatori del Consorzio di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. c), numero 1), è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria,

previa verifica da parte del Ministero delle politiche agricole e forestali, di euro cinquecentosedici.

3. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, il soggetto immesso nel sistema di controllo, che non assolve agli obblighi pecuniari, in modo totale o parziale, limitatamente allo svolgimento dell'attività della struttura di controllo di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a*), numero 1), per la denominazione protetta rivendicata dal soggetto stesso, previa verifica da parte del Ministero delle politiche agricole e forestali, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria pari al triplo dell'importo dell'obbligo pecuniario accertato.

4. Salva l'applicazione delle norme penali vigenti, il soggetto immesso nel sistema di controllo di una denominazione protetta, che non assolve agli obblighi pecuniari, in modo totale o parziale, nei confronti del Consorzio di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. *c.*, numero 1), è sottoposto, previa verifica da parte del Ministero delle politiche agricole e forestali, alla sanzione amministrativa pecuniaria pari al triplo dell'importo dell'obbligo pecuniario accertato.

5. Per tutti gli illeciti previsti ai commi 1, 3 e 4, oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria si applica la sospensione del diritto ad utilizzare la denominazione protetta fino alla rimozione della causa che ha dato origine alla sanzione.

Capo II - Degli organismi di controllo e dei consorzi di tutela

Articolo 4 - Inadempienze della struttura di controllo

1. Alla struttura di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a.*, numero 1), che non adempie alle prescrizioni o agli obblighi, impartiti dalle competenti autorità pubbliche, comprensivi delle disposizioni del piano di controllo e del relativo tariffario concernenti una denominazione protetta, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria di euro cinquantamila. La stessa sanzione si applica alle strutture che continuano a svolgere attività incompatibili con il mantenimento del provvedimento autorizzatorio, non ottemperando alla specifica intimazione ad adempiere da parte del Ministero delle politiche agricole e forestali e fatta salva la facoltà del predetto Ministero di procedere alla sospensione o alla revoca del provvedimento autorizzatorio.

2. La struttura di cui al comma 1 che, nell'espletamento delle attività di controllo su una denominazione protetta, discrimina tra i soggetti da immettere o tra quelli immessi nel sistema di controllo di tale denominazione oppure pone ostacoli all'esercizio del diritto a detto accesso è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria di euro sessantaduemila.

Articolo 5 - Tutela dei Consorzi incaricati

1. L'uso della denominazione protetta, nella ragione o denominazione sociale di una organizzazione diversa dal Consorzio di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. *c.*, numero 1), trascorsi centottanta giorni dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* del decreto di riconoscimento del predetto Consorzio e di affidamento dell'incarico a svolgere le funzioni di cui all'art. 53, comma 15, della legge 24 aprile 1998, n. 128, come sostituito dall'art. 14 della legge 21 dicembre 1999, n. 526, ovvero in caso di Consorzio già riconosciuto, dalla data di pubbli-

cazione del presente decreto legislativo, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria di euro ventiseimila ed alla sanzione accessoria dell'inibizione all'uso della ragione o denominazione sociale.

2. Soggetti privati non immessi nel sistema di controllo di una denominazione protetta che svolgono attività rientranti tra quelle indicate al citato comma 15 dell'art. 53 della legge 24 aprile 1998, n. 128, come sostituito dall'art. 14 della legge 21 dicembre 1999, n. 526, senza il preventivo consenso del Consorzio di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. c., numero 1), sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria di euro diecimilacinquecento.

Articolo 6 - Inadempienze dei Consorzi di tutela

1. Al Consorzio di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. c., numero 1), che non adempie alle prescrizioni o agli obblighi derivanti dal decreto di riconoscimento o da eventuali successive disposizioni impartite dal Ministero delle politiche agricole e forestali, ovvero svolge attività che risulta incompatibile con il mantenimento del provvedimento di riconoscimento, non avendo ottemperato alla specifica intimazione ad adempiere e fatta salva la facoltà del Ministero delle politiche agricole e forestali di procedere alla sospensione o alla revoca del provvedimento stesso, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria di euro cinquantamila.

2. Il Consorzio di cui al comma 1 che, nell'espletamento delle sue attività pone in essere comportamenti che hanno l'effetto di:

a. discriminare tra i soggetti associati appartenenti ad uno stesso segmento della filiera, ovvero appartenenti a segmenti diversi, quando la diversità di trattamento non è contemplata dallo statuto del Consorzio stesso;

b. porre ostacoli all'esercizio del diritto all'accesso al Consorzio;

c. violare le disposizioni impartite con il D.M. 12 settembre 2000, n. 410 del Ministro delle politiche agricole e forestali, concernente la ripartizione dei costi, è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria di euro sessantaduemila.

Capo III - Delle circostanze

Articolo 7 - Altri illeciti

1. Il mancato rispetto delle inibizioni previste agli artt. 1 e 2 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro cinquantamila.

2. Le sanzioni di cui agli articoli da 1 a 6, sono aumentate di tre volte in caso di reiterazione dello stesso illecito.

Capo IV - Competenza

Articolo 8 - Competenza agenti vigilatori

1. Fatti salvi i poteri attribuiti ai competenti organi dello Stato, gli agenti vigilatori con qualifica di agente di pubblica sicurezza, legati ad uno o più Consorzi di tutela di cui all'art. 1, comma 1, lett. c., numero 1), da un rapporto di lavoro, sono adetti all'accertamento delle violazioni di cui agli artt. 1, 2 e 5.

2. L'attività di cui al comma 1 non comporta nuovi o maggiori oneri a carico del

bilancio dello Stato ed è equiparata a quella prevista dall'art. 13, commi 1 e 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

3. Con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali da adottarsi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto vengono definite le procedure per presentare ricorso avverso le determinazioni del soggetto che accerta la violazione.

Articolo 9 - Competenza del Ministero delle politiche agricole e forestali

1. Fatti salvi i poteri attribuiti ai competenti organi dello Stato, l'accertamento delle violazioni previste all'art. 3, commi 1, 2 e 3 e all'art. 4 è di competenza del Ministero delle politiche agricole e forestali.

Articolo 10 - Competenza del Ministero delle politiche agricole e forestali

1. L'accertamento delle violazioni previste all'art. 3, comma 4, e all'art. 6 è di competenza del Ministero delle politiche agricole e forestali.

Articolo 11 - Competenza del Ministero delle politiche agricole e forestali

1. La competenza ad irrogare le sanzioni, accertate dai soggetti indicati agli artt. 8, 9 e 10, nonché quelle accertate dagli organi competenti ai sensi delle norme vigenti in materia di prodotti DOP ed IGP, è attribuita al Ministero delle politiche agricole e forestali.

2. Per le violazioni di cui all'art. 3, commi 3 e 4, il soggetto sanzionato, oltre al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria prevista, dovrà provvedere a versare le somme dovute, comprensive degli interessi legali, direttamente al creditore.

3. L'attuazione delle competenze di cui agli artt. 9, 10 e 11, comma 1, del Ministero delle politiche agricole e forestali avviene nell'ambito delle attività previste dalle disposizioni vigenti.

Capo V - Norme di coordinamento e finali

Articolo 12 - Disposizioni abrogate

1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono abrogate le disposizioni sanzionatorie previste da norme speciali, aventi ad oggetto la tutela dei prodotti registrati ai sensi del regolamento (Cee) n. 2081/92 del 14 luglio 1992, del Consiglio, contenute nella legge 10 aprile 1954, n. 125, nella legge 4 novembre 1981, n. 628, nella legge 30 maggio 1989, n. 224, nella legge 12 gennaio 1990, n. 11.

(Omissis)

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 23-24 marzo 2006*

1. La riunione è stata preceduta da una presentazione del signor Josep Borrell, Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.
2. Il Consiglio ha tenuto inoltre uno scambio di opinioni con il signor Jean-Claude Trichet, Presidente della Banca centrale europea, con il signor Ernest-Antoine Seillière, Presidente dell'UNICE e con il signor Cándido Méndez Rodríguez, Presidente della CES, in presenza del Presidente del Parlamento europeo.
3. Il Consiglio europeo si è compiaciuto della comunicazione del Presidente del Governo spagnolo riguardo all'annuncio di un cessate il fuoco permanente da parte del gruppo terroristico ETA.

Il rilancio della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione

4. Sulla scorta di quanto appreso dai cinque anni di attuazione della strategia di Lisbona il Consiglio europeo ne ha deciso un fondamentale rilancio nel marzo 2005. Ha concordato di procedere a un riorientamento delle priorità verso la crescita e l'occupazione in maniera coerente con la strategia per lo sviluppo sostenibile, mobilitando maggiormente tutti i mezzi nazionali e comunitari appropriati. Ha altresì convenuto un nuovo ciclo di *governance* basata sul partenariato e sulla titolarità.
5. Ad Hampton Court i Capi di Stato e di governo hanno dato ulteriore impulso politico alla strategia rilanciata, in particolare sottolineando il modo in cui i valori europei possono ispirare la modernizzazione delle nostre economie e società in un mondo globalizzato.
6. Infine, l'accordo raggiunto al Consiglio europeo del dicembre 2005 sulle prospettive finanziarie 2007-2013 ha rappresentato un importante passo avanti nel fornire all'Unione gli strumenti per realizzare le sue politiche, comprese quelle che contribuiscono ad una efficace attuazione della strategia di Lisbona rinnovata. Su tale base il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di concludere quanto prima il nuo-

* 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.).

vo accordo interistituzionale per l'attuazione dell'accordo del Consiglio europeo del dicembre 2005, e di adottare rapidamente i necessari strumenti giuridici.

7. La situazione in Europa è caratterizzata dall'intensificarsi della concorrenza dall'estero, dall'invecchiamento della popolazione, dall'aumento dei prezzi dell'energia e dalla necessità di salvaguardare la sicurezza energetica. Dalla fine del 2005 è in atto una graduale ripresa economica e si prevede che i livelli di crescita tornino vicino al potenziale nel 2006. L'UE dovrebbe creare sei milioni di nuovi posti di lavoro nel triennio 2005-2007 e contribuire in tal modo a ridurre la disoccupazione dall'1% circa nel 2007 della punta massima del 9% registrata alla fine del 2004. Le sfide più grandi cui deve far fronte l'Unione rimangono tuttavia l'ulteriore riduzione del livello della disoccupazione, l'incremento della produttività e l'aumento del potenziale di crescita.

8. Far fronte all'invecchiamento della popolazione e beneficiare appieno della globalizzazione costituiscono i due principali fattori delle riforme strutturali. Ulteriori riforme strutturali sono necessarie per aumentare la competitività dell'Europa e sostenere la crescita, contribuendo così ad un aumento del tenore di vita e alla creazione di nuovi posti di lavoro. Parallelamente, politiche macroeconomiche adeguate sono la chiave per trarre tutti i vantaggi delle riforme strutturali in termini di crescita e occupazione. Il miglioramento della fiducia delle imprese e dei consumatori contribuirà a portare stabilmente la crescita al suo livello potenziale. Un risoluto risanamento di bilancio rafforzerà ulteriormente le condizioni per una maggiore crescita e occupazione.

9. La ripresa economica fornisce una grossa opportunità per portare avanti con vigore le riforme strutturali in linea con i programmi nazionali di riforma, nonché per migliorare il risanamento di bilancio in linea con il rinnovato patto di stabilità e crescita. In tale contesto gli obiettivi e i calendari concreti sono un utile strumento per velocizzare l'attuazione delle riforme previste e per fornire migliori risultati in termini di crescita e occupazione.

10. Il Consiglio europeo saluta con favore la comunicazione della Commissione «È ora di cambiare marcia», il lavoro svolto dal Consiglio, e il fatto che tutti gli Stati membri abbiano rapidamente elaborato i loro programmi nazionali di riforma (PNR) in base agli orientamenti integrati. I PNR sono adattati alle esigenze proprie degli Stati membri e alle loro situazioni specifiche. Il Consiglio europeo saluta altresì con favore i progressi realizzati nell'ambito del programma comunitario di Lisbona.

11. Il Consiglio europeo prende atto dell'ampia convergenza di vedute nei PNR sulle sfide chiave. Osserva altresì che i PNR contengono una ricca serie di politiche promettenti da condividere e da cui trarre insegnamento. Tuttavia, il Consiglio europeo prende atto nel contempo dell'opinione della Commissione secondo cui alcuni PNR potrebbero comprendere obiettivi e calendari più specifici ed essere più dettagliati anche per quanto riguarda la competitività e la rimozione degli ostacoli di accesso al mercato, occorrono ulteriori dettagli sugli aspetti finanziari delle riforme previste.

12. Gli Stati membri hanno compiuto seri sforzi per coinvolgere i parlamenti nazionali e i rappresentanti delle autorità regionali e locali nonché le parti sociali ed altre parti interessate della società civile nella formulazione dei PNR. Il Consiglio europeo saluta altresì le iniziative avviate dal Parlamento europeo, dal Comitato delle regioni e dal Comitato economico e sociale europeo per accrescere l'appropriazione a livello comunitario. Incoraggia il Comitato economico e sociale europeo e il Comitato delle regioni a proseguire i lavori e chiede loro di presentare relazioni di

sintesi a sostegno del partenariato per la crescita e l'occupazione all'inizio del 2008.

13. È necessario coinvolgere più attivamente nel processo i cittadini europei per far loro meglio comprendere che riforme tempestive ed adeguatamente realizzate contribuiranno ad una maggiore e meglio distribuita prosperità. Un effettivo partenariato rinnovato per la crescita e l'occupazione richiederà un contributo attivo e la responsabilità delle parti sociali. In tale contesto un valido strumento sarà il loro programma di lavoro pluriennale approvato di recente. Il Consiglio europeo saluta con favore l'intenzione della presidenza finlandese di tenere un vertice sociale trilaterale.

14. Il Consiglio europeo riconosce la particolare importanza dell'intensificazione delle riforme strutturali negli Stati membri della zona euro, e sottolinea la necessità di un efficace coordinamento delle politiche in questo settore, segnatamente quale requisito per affrontare più efficacemente gli sviluppi economici asimmetrici nell'ambito dell'unione monetaria.

15. Ora che i PRN sono definiti, è essenziale mantenere lo slancio assicurandone l'effettiva, tempestiva e globale attuazione e rafforzare, se necessario, le misure previste nei PNR, in conformità del quadro, delle procedure e degli obblighi di comunicazione definiti dal Consiglio europeo del marzo 2005, nonché degli orientamenti adottati nel giugno 2005. Di conseguenza, il Consiglio europeo:

- invita gli Stati membri a riferire nell'autunno 2006 sulle misure prese per attuare i PNR, secondo le loro priorità, tenendo in debito conto la valutazione della Commissione e del Consiglio nel contesto della sorveglianza multilaterale nonché le azioni prioritarie concordate, menzionate qui di seguito; invita inoltre a tener conto dei PNR al momento dell'elaborazione dei quadri strategici nazionali di riferimento per la coesione;

- invita il Consiglio, la Commissione e gli Stati membri a organizzare lo scambio di esperienze in modo pratico e la Commissione a rivolgere particolare attenzione, nella sua relazione in vista del Consiglio europeo di primavera del 2007 sui progressi verso l'attuazione dei PNR, alle azioni prioritarie, proponendo ogni misura supplementare che possa necessaria.

16. Il Consiglio europeo conferma che gli orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione per il 2005-2008 restano validi. In questo contesto esso conviene quanto segue:

- definizione di settori specifici per azioni prioritarie riguardanti gli investimenti nella conoscenza e nell'innovazione, il potenziale delle imprese, in particolare quello delle PMI e l'occupazione per le categorie prioritarie (cfr. parte I); nonché definizione di una nuova politica energetica per l'Europa (cfr. parte II);

- misure che devono essere prese a tutti i livelli per mantenere lo slancio in tutti i pilastri del partenariato per la crescita e l'occupazione (cfr. parte III).

PARTE I

Settori specifici per azioni prioritarie

17. Il Consiglio europeo approva i seguenti settori specifici per le azioni prioritarie da attuare entro il 2007 nel contesto del rinnovato partenariato per la crescita e l'occupazione.

a. Investire di più nella conoscenza e nell'innovazione (Omissis)

b. Sbloccare il potenziale delle imprese, soprattutto quello delle PMI

26. Si è concordi sull'importanza globale di una base industriale forte e competitiva in Europa e quindi sull'esigenza di una concezione moderna e coerente per l'industria manifatturiera dell'UE. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di conseguire il giusto equilibrio tra approcci orizzontali e settoriali e si rifà alla necessità di migliorare la coerenza delle politiche per poter trarre vantaggio su più larga scala da potenziali sinergie. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a sviluppare proattivamente strategie nazionali e ad attuare misure per promuovere la competitività, l'innovazione e la produttività mediante politiche che affrontino la dimensione sociale e le esigenze dei singoli nel processo di internazionalizzazione e cambiamento strutturale. *(Omissis)*

c. Aumentare le opportunità di occupazione per le categorie prioritarie

34. L'aumento dell'occupazione in Europa rimane una delle massime priorità per la riforma. Le riforme del mercato del lavoro che sono state intraprese in anni recenti stanno cominciando a dare risultati. Un obiettivo fondamentale è la crescita della partecipazione al mercato del lavoro, specialmente dei giovani, delle donne, dei lavoratori anziani, dei disabili, degli immigrati legali e delle minoranze. Per raggiungere questi obiettivi i lavori dovrebbero essere svolti in stretta cooperazione con le parti sociali. *(Omissis)*

PARTE II

Una politica energetica per l'Europa

43. Il Consiglio europeo prende atto che l'Europa si trova di fronte a numerose sfide nel settore dell'energia: la persistente situazione di difficoltà nei mercati del petrolio e del gas, la crescente dipendenza dalle importazioni e la diversificazione limitata sinora realizzata, prezzi dell'energia elevati ed instabili, l'aumento della domanda di energia a livello mondiale, i rischi per la sicurezza nei paesi di produzione e di transito e nelle vie di trasporto, le crescenti minacce poste dai cambiamenti climatici, scarsi progressi nel settore dell'efficienza energetica e dell'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili, la necessità di una maggiore trasparenza nei mercati energetici e di un'ulteriore integrazione e interconnessione dei mercati energetici nazionali con l'imminente completamento della liberalizzazione del mercato dell'energia (luglio 2007), il limitato coordinamento tra i soggetti che operano in campo energetico mentre sono necessari cospicui investimenti in infrastrutture energetiche. L'inerzia di fronte a queste sfide ha un impatto diretto sull'ambiente dell'UE, sull'occupazione e sul potenziale di crescita.

44. In risposta a tali sfide e sulla base del Libro verde della Commissione «Una strategia europea per un'energia sicura, competitiva e sostenibile» e del contributo del Consiglio, ben articolati fra loro, il Consiglio europeo esorta a definire una politica energetica per l'Europa, finalizzata a politiche comunitarie efficaci e alla coerenza tra gli Stati membri e tra le azioni nei diversi settori di intervento e che soddisfi

i tre obiettivi della sicurezza dell'approvvigionamento, della competitività e della sostenibilità ambientale.

45. Il Consiglio europeo sottolinea che, per realizzare tale coerenza la politica energetica deve soddisfare le esigenze di vari settori di intervento nelle politiche sia interne che esterne dell'UE. Nel quadro di una strategia di crescita e attraverso mercati aperti e competitivi, tale politica favorisce gli investimenti, lo sviluppo tecnologico, il commercio nazionale ed internazionale. È strettamente collegata alla politica ambientale, all'occupazione, alle politiche regionali e, in particolare, alla politica dei trasporti. Gli aspetti di politica estera e dello sviluppo stanno inoltre acquistando sempre maggiore importanza nella promozione degli obiettivi di politica energetica in altri paesi. Il Consiglio europeo invita pertanto a realizzare un maggior coordinamento tra le varie formazioni del Consiglio ed invita la Commissione europea a tener conto dei principi di una migliore regolamentazione nella preparazione di ulteriori azioni.

46. La politica energetica per l'Europa dovrebbe essere elaborata sulla base di una comprensione e di conoscenze adeguate del fabbisogno energetico e delle politiche energetiche degli Stati membri, tenendo presente il ruolo strategico del settore energetico. La politica energetica per l'Europa dovrebbe pertanto fondarsi su una visione condivisa delle prospettive a lungo termine dell'approvvigionamento e della domanda e su una valutazione oggettiva e trasparente dei vantaggi e degli svantaggi di tutte le fonti di energia e dovrebbe contribuire in modo equilibrato ai suoi tre obiettivi principali.

a. Aumentare la sicurezza dell'approvvigionamento (Omissis)

b. Assicurare la competitività delle economie europee e prezzi abbordabili dell'approvvigionamento energetico a vantaggio sia delle imprese sia dei consumatori, in un quadro normativo stabile (Omissis)

c. Promuovere la sostenibilità ambientale (Omissis)

PARTE III

Mantenere lo slancio a tutti i livelli

a. Assicurare finanze pubbliche sane e sostenibili (Omissis)

b. Completamento del mercato interno e promozione degli investimenti (Omissis)

c. Rafforzare la coesione sociale

69. La nuova strategia per l'occupazione e la crescita fornisce un quadro in cui le politiche economiche, sociali ed occupazionali si rafforzano reciprocamente, assicurando la realizzazione di un progresso parallelo per quanto riguarda la creazione di occupazione, la competitività e la coesione sociale, in conformità dei valori europei. Perché il modello sociale europeo sia sostenibile, l'Europa deve intensificare gli sforzi per creare maggiore crescita economica, un maggiore livello di occupazione e di produttività rafforzando nel contempo l'inclusione sociale e la protezione sociale, in linea con gli obiettivi previsti dall'agenda sociale. (Omissis)

d. Crescita sostenibile dal punto di vista ambientale

75. Oltre alla sua importanza in quanto tale, la politica ambientale può dare un significativo contributo a crescita e occupazione ed avere un impatto positivo su settori importanti quali la salute pubblica, i costi di assistenza sanitaria, l'inclusione e la coesione sociale, nonché sullo sviluppo di una politica energetica per l'Europa, inclusa la promozione della sicurezza e dell'efficienza energetica. (*Omissis*)

ALLEGATO I

Spesa per l'R&S (2004) in percentuale del PIL e obiettivi fissati dagli Stati membri nei programmi nazionali di riforma (*Omissis*)

ALLEGATO II

Patto europeo per la parità di genere (*Omissis*)

ALLEGATO III

Politica energetica per l'Europa (EPE)

Elenco indicativo di azioni

Le azioni elencate in appresso riguardano sia l'aspetto interno che quello esterno della politica energetica e possono contribuire a più di uno dei tre obiettivi. La menzione di un'azione specifica lascia impregiudicata la ripartizione di competenze tra la CE e gli Stati membri.

SICUREZZA DELL'APPROVVIGIONAMENTO

Affrontare le interruzioni dell'approvvigionamento (*Omissis*)

Maggiore diversificazione (*Omissis*)

Dimensione esterna della sicurezza dell'approvvigionamento (*Omissis*)

COMPETITIVITÀ SUL MERCATO E INVESTIMENTI

Portare avanti l'integrazione dei mercati a vantaggio delle imprese e dei consumatori (*Omissis*)

Promuovere lo sviluppo coerente delle infrastrutture (*Omissis*)

ENERGIA SOSTENIBILE

Energie rinnovabili (*Omissis*)

Efficienza energetica (*Omissis*)

Contribuire alla politica in materia di cambiamenti climatici (*Omissis*)

AZIONI ORIZZONTALI E DI SOSTEGNO

Definire politiche basate su dati di fatto (*Omissis*)

Ricerca, sviluppo e dimostrazione - Sviluppo tecnologico (*Omissis*)

Coordinamento (*Omissis*)

Dichiarazione sulla Bielorussia (*Omissis*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

EU-JAPAN REGULATORY REFORM DIALOGUE: **IL DIALOGO CONTINUO TRA GIAPPONE E UNIONE EUROPEA. CAMBIARE LE REGOLE PER PROMUOVERE IL COMMERCIO E GLI INVESTIMENTI**

Sommario: *Premessa - 1. Proposte dell'Unione europea al Giappone. Priorità: promozione investimenti - 2. Proposte del Giappone all'Unione europea e agli Stati membri - 3. Conclusioni.*

Premessa

La promozione degli investimenti diretti stranieri, le riforme attuate o da attuare in Giappone per garantire una sana competizione all'interno del Paese e per rimuovere gli ostacoli di accesso al mercato, ancora esistenti in particolare nel settore dei servizi finanziari, delle telecomunicazioni e dei trasporti: questi i temi principali affrontati dalla delegazione della Commissione europea nell'ambito dell'ultima edizione di «*EU-Japan Regulatory Reform Dialogue*»¹. L'incontro con rappresentanti del Governo giapponese si è tenuto a Tokyo, nel novembre del 2005².

L'incontro a Bruxelles, nel marzo del 2006, si è concentrato, invece, sulle proposte di riforma che il Giappone rivolge, per le materie di rispettiva com-

¹ *EU-Japan Regulatory Reform Dialogue* costituisce una parte di quel più vasto programma di collaborazione, non solo commerciale, tra Giappone e Unione europea, inaugurato con la «*Joint Declaration between Japan and the European Community and its member States del 1991*». Al decimo *EU-Japan Summit*, incontro annuale a livello governativo previsto dalla *Joint Declaration*, nel dicembre 2001 è stato adottato «*An Action Plan for EU-Japan Cooperation*» per ribadire e rafforzare la *partnership* tra le due parti. Il Programma è stato aggiornato, da ultimo, il 24 aprile 2006.

² Tutte le proposte, formulate dalla Delegazione della Commissione europea in Giappone in cooperazione con la Direzione generale delle relazioni esterne della Commissione, possono essere esaminate sul sito internet <http://jpn.cec.eu.int/data/current/regulatoryreform2005-e.pdf>.

petenza, all'Unione europea e ai singoli Stati membri³. La presenza degli investimenti diretti giapponesi in Europa è notevole, cresciuta nel corso degli anni e, ancor più di recente, per effetto dell'avvenuto allargamento dell'Unione europea. Le tante imprese giapponesi che già da molti anni operano nel mercato europeo o che aspirano ad entrarvi, generalmente, hanno interessi in più Stati membri e vorrebbero fruire appieno dei benefici di un mercato singolo senza ostacoli burocratici o amministrativi all'interno. Le differenze ancora esistenti in certi settori tra le legislazioni nazionali costituiscono questo tipo di ostacoli e comportano lungaggini e costi notevoli per le imprese. Il Giappone chiede quindi all'Unione europea maggiore armonizzazione delle normative e delle procedure specialmente nel settore societario e fiscale.

La continuità degli incontri, con cadenza annuale dal 1994-95, testimonia l'utilità dell'iniziativa. Nel corso degli anni, inoltre, molti problemi sono stati risolti ma soprattutto il dialogo è diventato più approfondito e strutturato. Significativa anche l'evoluzione dei temi in discussione. Considerando le proposte di parte europea, rispetto al passato, sempre meno vengono evidenziati problemi riguardanti il commercio o la distribuzione interna di prodotti⁴. Oggi l'Unione europea⁵ cerca di identificare e rimuovere le cause della modesta presenza di investimenti diretti europei in Giappone rispetto al volume degli investimenti giapponesi in Europa.

1. Proposte dell'Unione europea al Giappone. Priorità: promozione investimenti

Dalla metà degli anni Novanta è iniziata in Giappone una stagione di grandi riforme tali da mutare sostanzialmente il sistema legale ed amministrativo interno quale si era profilato dal dopoguerra. Un sistema caratterizzato – come dagli osservatori esterni in più occasioni sottolineato – da uno stretto controllo pubblico sulle attività economiche, un forte legame tra autorità pubblica e industria locale nonché una complessa regolamentazione. Da tempo era diffusa la convinzione che troppe regole mantenessero i prezzi più alti del normale e molte erano le pressioni al cambiamento esercitate dall'esterno. Anche se le riforme erano state preannunciate sin dagli anni Ottanta, solo la grave crisi economica e finanziaria degli anni Novanta determinando un cambiamento di equilibri all'interno del Paese e un generalizzato desiderio di rin-

³ In <http://www.mofa.go.jp/region/europe/eu/overview/dereg0511.html> la lista completa delle proposte giapponesi.

⁴ L'eccessivo *surplus commerciale* del Giappone, ad esempio, è sempre stato al centro dei dialoghi con i principali *partner* commerciali, con gli Stati Uniti sin dal dopoguerra e, con la Comunità europea, dagli inizi del dialogo negli anni Settanta.

⁵ Con gli Stati Uniti il Giappone intrattiene un dialogo ricorrente analogo.

novamento sembrano aver indotto il Giappone a cambiare decisamente rotta. In particolare nell'ambito del programma di riforme adottato, il processo denominato «*kisei kanwa*», tradotto generalmente come «deregulation»⁶, sostanzialmente finalizzato ad aumentare la domanda interna, rivitalizzare l'economia e creare un «environment» più favorevole per gli investimenti in genere, è considerato cruciale anche per rendere più aperto e competitivo il mercato interno tradizionalmente considerato chiuso dai competitori stranieri. Il programma di riforme viene pertanto giudicato positivamente dall'Unione europea e monitorato accuratamente.

Il Giappone rimane ancora oggi lontano dalla media degli altri paesi industrializzati nell'attrarre gli investimenti stranieri⁷. Secondo le ultime rilevazioni del Ministero delle finanze giapponese, gli investimenti diretti giapponesi in Europa, nell'anno fiscale 2004, ammontano a più del doppio di tutti gli investimenti europei, affluiti in Giappone nello stesso anno⁸. E, considerando i dati degli anni precedenti, la situazione può dirsi nettamente migliorata.

Si è sempre sostenuto che gli alti costi di insediamento, le difficoltà ad accedere ai canali di distribuzione, strette relazioni o partecipazioni azionarie incrociate frequenti tra società nazionali⁹ e, in particolare, proprio la complessa regolamentazione esistente in Giappone sarebbero stati fattori disincentivanti per gli investimenti stranieri. L'Unione europea si raccomanda quindi che il processo di *deregulation* prosegua, specialmente in settori ancora molto regolamentati quali il settore dei servizi bancari, assicurativi e dei trasporti, così come vengano promosse altre riforme per incoraggiare gli investitori esteri. E sottolinea che le riforme devono continuare ad essere promosse non solo per una maggiore apertura del mercato giapponese verso l'esterno, ma anche per evitare una ricaduta nel ristagno della domanda interna. I segnali, ormai evidenti, di ripresa dell'economia giapponese non sembrano determinare, comunque, all'interno un cambiamento di opinione circa la necessità di continuare a promuovere riforme.

⁶ Sulla esattezza della traduzione si osserva, tuttavia, che in Giappone, «*kisei kanwa*, literally means and is generally understood to be a relaxation or loosening rather than a removal of regulation» - L. E. CARLILE - M. C. TILTON, *Is Japan Really Changing its Ways?*, Washington, D.C. Brookings Institution Press, 1998, p. 164-165.

⁷ OECD, *Factbook 2005 - Economic globalization - Foreign Direct Investment (FDI) - Inflows of Foreign Direct Investment - Average 2001-2003*.

⁸ Ministero delle finanze giapponese, <http://www.mof.go.jp/english/>. Nell'anno fiscale giapponese 2003 (dal 1° aprile 2003 al 31 marzo 2004) l'Europa si è confermata la principale destinataria di investimenti diretti giapponesi con una quota del 35% degli investimenti giapponesi nel mondo. Anche l'Europa ha comunque, negli ultimi anni, tolto il primato agli Stati Uniti come principale fonte di investimenti esteri in Giappone.

⁹ In passato molto diffusi (oggi meno anche per effetto della crisi economica), i «*Keiretsu*» sono gruppi di imprese legate tra loro da contratti di distribuzione, o di fornitura, da partecipazioni e/o da *management* incrociati.

Particolarmente apprezzato il programma esplicito del Governo¹⁰ di voler raddoppiare in cinque anni gli investimenti diretti stranieri in Giappone. Programmi specifici sono stati previsti in determinate aree geografiche per promuovere gli investimenti sia domestici che stranieri. Sempre per sostenere gli investimenti, ma in un'ottica di reciprocità, è stato adottato nel giugno del 2004 il «Cooperation Framework for promotion of Japan-EU Two-Way Investment». Iniziative per promuovere sia esportazioni che investimenti sono organizzate anche dai singoli Stati membri¹¹.

L'attuazione delle riforme – Nell'ultimo decennio, il Giappone non solo ha semplificato le regolamentazioni vigenti¹², ha promosso riforme strutturali, introducendo leggi speciali o modificando leggi preesistenti come le norme in materia di *antitrust*, le leggi riguardanti la pubblica amministrazione¹³ e le disposizioni fiscali. Anche le leggi in materia societaria¹⁴ e fallimentare¹⁵ sono state modificate per incoraggiare l'avvio di nuove imprese o facilitare la riorganizzazione di quelle esistenti, particolarmente sofferenti negli anni Novanta.

L'Unione europea vigila che queste riforme vengano attuate in modo coerente ai propositi espressi. Esempio è il caso del settore distributivo. In Giappone, il sistema è stato sempre giudicato dall'esterno troppo complesso e inaccessibile per aspiranti nuovi operatori, organizzato in modo da mantenere le posizioni oligopolistiche dei grandi produttori e far lievitare ingiustificatamente i prezzi¹⁶. Per ovviare in parte a tale problema, è stata promossa una riforma che si propone di snellire la procedura di autorizzazione all'apertura dei grandi magazzini e di deregolamentare la loro attività¹⁷. Seppure la riforma promettesse bene, a pochi anni di distanza dalla sua entrata in vigore,

¹⁰ General Policy Speech by Prime Minister to the 156th Session of the Diet, 31.1.2003 – «Program for the Promotion of Foreign Direct Investment», 19.5.2004, Investment Council.

¹¹ Come l'Italia, impegnata da anni in questo senso, attraverso la cooperazione del Ministero affari esteri, le sue rappresentanze diplomatiche-consolari presenti in Giappone e ICE. Rapporto ICE, Secondo Semestre 2004, Rapporti Italia-Giappone.

¹² Particolarmente deregolamentato il settore dei servizi finanziari interessato dal «Japanese Big Bang deregulation process» (definito dallo stesso Governo con uno slogan «Fair, Free and Global» formalmente iniziato nel 1996 e conclusosi nel 2001).

¹³ Si sosteneva, generalmente, in passato che la burocrazia avrebbe avuto troppo potere discrezionale nell'applicazione delle regole, nel concedere licenze (*kyoninka-ken*) e nel guidare attraverso *administrative guidances* il comportamento degli operatori economici.

¹⁴ «*Shō hō*» - Commercial code, modificato più volte nell'ultimo decennio. La riforma più radicale è stata approvata nel giugno del 2005: un Corporate Code, «*Kaisha hō*», di 979 articoli ha raccolto e modificato tutte le leggi vigenti in materia societaria. Quasi tutte le nuove norme entrano in vigore dal maggio 2006.

¹⁵ *Minji Saisei hō* - Civil Rehabilitation law – Law n. 225, 1999.

¹⁶ L'argomento è stato uno dei principali oggetti dei famosi SIIT - «*Structural Impediments Initiatives Talks*», tra il Giappone e gli Stati Uniti dal 1989.

¹⁷ «*Dai ten ricchi hō*» – Large Scale Retail Store Location Law – entrata in vigore il 1° giugno 2000 – The Japan Times, June 1, 2000. Sul settore distributivo giapponese M. R. CZINKOTA, *The Japanese distribution system: opportunities & obstacles: structures and practices*, Kotabe Masaki-Chicago, Probus, 1993.

L'Unione europea lamenta che alla fine si sono viste eccessive regolamentazioni a livello locale e gli operatori stranieri, non avendo contatti frequenti con le autorità e gli operatori locali nonché familiarità con le procedure, rischiano di rimanere esclusi, di fatto, dai benefici della riforma.

In generale, nelle procedure amministrative la Comunità europea continua a chiedere maggiore trasparenza anche in termini di facilità di accesso alle informazioni oltre che di certezza delle regole vigenti. In realtà, su questo fronte, il Giappone si è mosso. Nel 2001 il Governo ha raccomandato a ciascun Ministero di introdurre un sistema di «No Action Letter». Grazie a questo sistema gli operatori possono chiedere se le attività che intendono intraprendere siano legittime, a quali danni possano esporre e se comunicazioni preventive o autorizzazioni siano necessarie. Per facilitare il dialogo con le autorità fiscali, dal marzo del 2004, è stato introdotto il sistema del «*bunsho kaito*» per ricevere informazioni preventive scritte sul trattamento fiscale di determinate operazioni o situazioni¹⁸.

Prova dell'attenzione continua da parte dell'Unione europea sulle riforme in Giappone è la vicenda riguardante l'ultima riforma del diritto societario. L'obiettivo della riforma è l'ammodernamento della disciplina societaria e il fine dovrebbe essere la promozione delle iniziative imprenditoriali, nazionali e non. Neo-imprenditori potranno, ad esempio, costituire società con un capitale sociale di 1 (uno) Yen (meno di un centesimo di Euro)¹⁹. Eppure una disposizione della nuova legge, interpretata alla lettera, sembrerebbe mettere fuori legge le tante società straniere che mediante rappresentanza stabile (senza costituirsi come società giapponesi) hanno finora continuativamente operato in Giappone. I rappresentanti dell'Unione europea in Giappone si sono attivati per chiedere precisazioni; il Ministero di giustizia ha chiarito che la disposizione non riguarda le società straniere operanti da anni in Giappone²⁰. In realtà la disposizione contestata precisa solo l'effetto di una norma, da tempo vigente, relativa alle *pseudo-foreign companies*, ossia società costituite all'estero per eludere le norme giapponesi con l'intento, però, di operare prevalentemente in Giappone. L'Unione europea considera comunque auspicabile la modifica del testo letterale della norma.

¹⁸ È previsto che domande e risposte siano rese pubbliche in modo da essere utili anche per altri che si possono trovare in condizioni simili. Problemi operativi nell'attuazione di queste come di altre simili procedure, adottate al fine di incrementare la trasparenza, hanno evidenziato la necessità di ulteriori aggiustamenti, a breve comunque previsti.

¹⁹ Si tratta di una misura già introdotta come straordinaria nel 2003 per piccole e medie imprese ma valida solo per i primi cinque anni di attività. Dalla riforma viene estesa a tutte le imprese e senza limiti di tempo. È prevista anche l'abolizione delle società a responsabilità limitata preso atto che attualmente anche le piccole e medie imprese si costituiscono in società per azioni.

²⁰ Sul problema e sui chiarimenti da parte del Ministero della giustizia, Nikkei Shimbun del 20 giugno 2005, p. 14. Per una esaustiva analisi del problema da un punto di vista dottrinale e giurisprudenziale, TOMOTAKA FUJITA, *International Corporate Law in Japan*, in *The Japanese Annual of International Law*[No. 48, 2005], p. 44 ss.

Barriere tariffarie – In genere, i dazi applicati dal Giappone non sono mediamente superiori a quelli praticati dall'Unione europea. Problemi permangono per i prodotti agricoli e per alcuni prodotti alimentari. Per il pellame, in particolare, l'Unione europea chiede venga eliminato il sistema di quote tariffarie vigente in base al quale il Giappone prevede un dazio minore per gli articoli rientranti in una determinata quota e un dazio maggiore per gli articoli fuori quota.

Barriere non tariffarie – Specifiche tecniche prescritte da disposizioni nazionali impongono ai produttori, specialmente nel settore meccanico, costi aggiuntivi; come particolari regole sanitarie e fitosanitarie impediscono l'ingresso di una serie di prodotti alimentari, soprattutto ortofrutticoli²¹. L'Unione europea chiede al Giappone di adeguare le disposizioni agli *standard* internazionalmente riconosciuti.

Lavori pubblici – Per le imprese europee ancora difficile risulta l'accesso al mercato dei lavori pubblici. Il sistema vigente discriminerebbe di fatto le imprese straniere rispetto a quelle locali per i requisiti richiesti, i metodi di valutazione, le particolari procedure nonché per l'assenza di adeguate e tempestive informazioni²².

Antitrust – La legge *antitrust* è stata introdotta in Giappone nel 1947²³, nell'immediato dopoguerra. Pur ispirandosi originariamente al modello statunitense, la legge giapponese è stata resa poi progressivamente meno severa da riforme successive e da un minuzioso sistema di esenzioni. Di fatto, poi, per molti anni la legge non ha trovato applicazione. Sino agli anni Novanta era consuetudine che l'Autorità *antitrust* – la «Fair Trade Commission of Japan» – rivolgesse soltanto avvisi e non aprisse procedure formali. Questa prassi, nonché la scarsa severità del regime sanzionatorio, sono state più volte criticate sia dagli Stati Uniti che dall'Unione europea²⁴. Anche in materia di concorrenza il Giappone, pur muovendosi in modo molto graduale, ha comunque dimostrato di accogliere i moniti che provengono dall'esterno²⁵, specialmente da quando anche all'interno si è affermata la consapevolezza che un mercato competitivo è fondamentale per la crescita dell'economia interna. Nell'aprile

²¹ Regole speciali vigono anche per gli additivi agli alimenti, le loro confezioni e gli ingredienti contenuti nei cosmetici. Alcuni cosmetici, inoltre, quali deodoranti, creme depilatorie, dentifrici cosmetici – sono considerati nella categoria dei «quasi-drug» prodotti e sottoposti alle relative regolamentazioni speciali.

²² Tema particolarmente trattato nel corso di «*Japan-EU Regulatory Reform Dialogue*», 2003.

²³ «Law on Prohibition of Private Monopoly and Ensuring of Fair Trade» – «*Shiteki Dokusen no kinshi oyobi kōsei Torihiki no Kakuho ni kan suru hōritsu*», Law no. 54, 1947.

²⁴ Sul tema HIROSHI ODA, *Japanese Law – The History of the Anti-monopoly law*, Oxford University Press, 1999, p. 301 ss.

²⁵ All'interno della *Fair Trade Commission of Japan*, è stato costituito un apposito ufficio con il compito di facilitare alle imprese estere la presentazione di esposti relativi alla violazione della normativa *antitrust*. Un accordo di cooperazione nel settore «*The Eu-Japan Agreement in the Competition Fields*», tra Unione europea e Giappone è stato inoltre concluso nel 2003.

del 2005, una riforma della legge vigente è stata, dopo due anni dal suo annuncio, approvata e se ne prevede l'attuazione il prossimo anno: principale finalità espressa dalla riforma è proprio quella di contribuire alla crescita economica e al processo di deregolamentazione in atto, predisponendo le condizioni per un mercato aperto e altamente competitivo. In realtà – come già si è verificato in occasione delle riforme precedenti – probabilmente per la resistenza opposta delle associazioni di categoria interessate, l'atteso inasprimento del regime sanzionatorio non sembra realizzato del tutto: della riforma però, entro due anni, verificata l'efficacia, si prevede un ulteriore aggiustamento.

Regole fiscali e fusioni/acquisizioni societarie – Anche nel settore fiscale il Giappone non ha mancato in questi ultimi anni di intervenire sia per sostenere le imprese domestiche che per attirare gli investimenti stranieri. Nel 2002 il Giappone ha introdotto il sistema del consolidato fiscale e dall'aprile del 2004 ha abolito la previsione del 2% di sovrattassa per le imprese che optano per il consolidato, anomalia sulla quale l'Unione europea aveva già espresso il suo dissenso. Tuttavia l'Unione europea continua a contestare alcune regole che frenano l'adozione del consolidato tra le quali, ad esempio, il requisito di partecipazione al 100% di una consociata per la sua inclusione. L'Unione europea chiede, inoltre, che siano incoraggiati gli investimenti stranieri in società giapponesi attraverso un sistema che ad esempio estenda il regime di neutralità fiscale, come è dal 2000 prevista per gli scambi di pacchetti azionari tra società giapponesi, a tutte le transazioni che coinvolgano anche le partecipazioni di una società straniera. Apprezza il fatto che la recente riforma abbia ampliato il novero delle transazioni ammesse, in particolare rendendo possibile, in tutti i casi, la «fusione triangolare» («triangular merger»); tuttavia si rammarica per l'incertezza riguardo al trattamento fiscale di queste operazioni²⁶.

Servizi – La privatizzazione delle Poste e le telecomunicazioni – Sul fronte dei servizi l'Unione europea raccomanda il proseguimento del programma di liberalizzazione, specialmente nei settori dei servizi finanziari²⁷, assicurativi²⁸ e, in particolare, dei trasporti aerei²⁹ per poter facilitare l'accesso ad inve-

²⁶ In base alla legge sulle Misure Speciali per la rivitalizzazione industriale del 9 aprile 2003, «*Sangyou saisei kikouhou*», sono ammesse fusioni in base allo schema del «triangular merger», solo se giustificate dal dissesto della società e autorizzate dalle autorità preventivamente. Le nuove norme relative alle fusioni entreranno in vigore solo a partire dal 2007. Per le società straniere rimane comunque il divieto di partecipare direttamente a tali transazioni: potranno procedere alle acquisizioni solo attraverso società giapponesi affiliate.

²⁷ Si richiede, in particolare, l'abolizione dell'art. 65 della *Securities and Exchange Law* - «*Shoken Torihiki-ho*» che nonostante le modifiche intervenute rispetto alla versione originaria, continua a proibire in via di principio alle banche di svolgere attività di compravendita o di mediazione di *securities*.

²⁸ Il Governo ha promesso entro il 2007 la completa liberalizzazione nel settore dei prodotti assicurativi. L'Unione europea monitora le riforme promosse nel settore assicurativo anche dalla Financial Services Agency (FSA).

stitori esteri. Si tratta di eliminare regole o situazioni che discriminano operatori locali e stranieri o rendono di fatto impossibile l'ingresso. Viene preso in considerazione anche il progetto di riforma per la *privatizzazione delle Poste*. Il progetto sostenuto tanto dal Governo quanto osteggiato all'interno del Paese e dal Parlamento, tanto da indurre il Governo ad indire elezioni politiche per poi riproporlo, è infine divenuto legge nell'ottobre del 2005 e comincerà ad avere pratica attuazione dal 2007. Il piano, sia pur condiviso dall'Unione europea, contiene un'incognita: le Poste giapponesi offrono attualmente prodotti assicurativi e ci si chiede se questa attività continuerà a godere o meno della regolamentazione speciale di cui sinora ha beneficiato³⁰. Nonostante le rassicurazioni da parte giapponese che nessuna regolamentazione speciale rimarrà, l'Unione europea continua a mantenere alta l'attenzione. E chiede la costituzione di una *Authority* indipendente dal MIAC, *Ministry Internal Affairs and Communications* (attualmente competente), che fissi ad esempio per l'accesso al mercato dei servizi postali requisiti non troppo gravosi per potenziali concorrenti, anche stranieri. Anche il settore delle *telecomunicazioni* è particolarmente osservato: l'Unione europea chiede, nonostante le riforme già intervenute, ulteriori misure volte a limitare la posizione dominante della principale azienda telefonica giapponese NTT, regole armonizzate con gli *standard* tecnici generalmente riconosciuti negli altri Paesi, il riconoscimento dei sistemi di certificazioni di conformità rilasciati dai produttori europei³¹ per tutte le apparecchiature e, non essendo stata costituita ancora una *Authority*, l'istituzione di un ente regolatore, imparziale e indipendente dal Governo³².

Sistema pensionistico e immigrazione – Infine l'Unione europea propone di modificare le regole del sistema pensionistico vigente che obbliga spesso i lavoratori stranieri impiegati in Giappone per un certo numero di anni, in mancanza di convenzioni tra Stati, a versare contributi a fondo perduto. Nel 2005 accordi bilaterali con Belgio e Francia sono stati siglati, mentre a cinque anni fa risalgono gli accordi con Gran Bretagna e Germania. Anche mitigare le severe norme previste per l'immigrazione consentirebbe di creare un ambiente maggiormente attraente per gli investitori esteri. Invero, il Giappone rivolge la medesima richiesta all'Unione europea e ai singoli Stati membri; la questione dei visti (e dei permessi di soggiorno per lavoro) è particolarmente spinosa anche per gli operatori giapponesi in Europa.

²⁹ Particolarmente oneroso per le compagnie aeree straniere sarebbe ancora l'accesso alle infrastrutture di trasporto nell'aeroporto di Narita (Tokyo). Anche nel settore dei trasporti marittimi, regolamentazioni e prassi nazionali limiterebbero la competizione e farebbero aumentare i costi.

³⁰ Nel 2003, le Poste, grazie alla regolamentazione speciale di cui beneficiano in quanto ente pubblico, hanno offerto «*Kampo*», linea di prodotti assicurativi con vantaggi fiscali ed altri benefici, assolutamente convenienti rispetto a quelli che il mercato generalmente offre.

³¹ «*Sdoc*», *Supplier's Declaration of Conformity*, sistema già introdotto in Europa e solo parzialmente introdotto in Giappone dal gennaio del 2004.

³² Tutta la materia è oggi regolata dal MIAC, *Ministry Internal Affairs and Communications*.

2. Proposte del Giappone all'Unione europea e agli Stati membri

Le differenti legislazioni, societarie e fiscali, vigenti in ciascun Stato membro, comportano per le imprese con sede e interessi in più Stati membri, costi amministrativi e burocratici notevoli.

Un diritto societario comunitario – Riorganizzazioni societarie e disposizioni fiscali – Il Giappone ha accolto con favore l'entrata in vigore del regolamento che introduce la *Società europea*, un modello uniforme di società che permette la costituzione di una società di capitali senza gli ostacoli derivanti dalle differenze esistenti tra le legislazioni nazionali³³. Sono facilitate anche le riorganizzazioni societarie transfrontaliere. Il nuovo istituto dovrebbe permettere ad esempio ad un'impresa di trasferire la propria sede sociale da uno Stato all'altro, senza dover sostenere i costi e le lungaggini burocratiche di uno scioglimento e di una successiva costituzione di una nuova società. In realtà sarebbe necessaria una maggiore armonizzazione delle leggi nazionali nel settore del diritto societario per fruire di tutti i vantaggi di questo nuovo istituto. Inoltre, posto che la Società europea è pensata con riferimento ad una società a proprietà largamente diffusa e, invece, le società giapponesi in Europa sono spesso società a ristretta compagine sociale, il Giappone si augura che venga introdotto anche un modello uniforme di *European Private Company*³⁴. In generale, si chiedono regole semplici e uniformi per un modello di società cui possono ricorrere al contempo piccole medie imprese, gruppi societari e *joint ventures*. Ad esempio, la disposizione della Seconda Direttiva in materia societaria circa gli obblighi che incombono alle società nel caso in cui le perdite accumulate raggiungano il 50% rispetto al capitale sociale, trasposta peraltro in modo ancora più restrittivo da alcuni Stati membri, dovrebbe essere abrogata in quanto troppo onerosa per i piccoli imprenditori³⁵. E se la Società europea potrà facilitare le riorganizzazioni societarie delle grandi imprese, per le riorganizzazioni societarie transfrontaliere delle altre società di capitali, la direttiva – recentemente adottata – per il ravvicinamento delle normative nazionali in materia di «*cross-border mergers*» risponde bene alla richiesta presentata dal Giappone in più occasioni³⁶. Nonostante, e limitatamente al regime

³³ Regolamento Ce n. 2157/2001 relativo allo statuto della Società europea (SE) in *Guce* n. L 294 del 10 novembre 2001.

³⁴ Commissione, *Action Plan on the Modernization of Company Law and Enhancement of Corporate Governance*, maggio 2003.

³⁵ Anche la Commissione propone di sostituire il requisito della proporzione tra capitale e perdite con altri criteri di valutazione in «*Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward - 21 November 2003*». La richiesta da parte del Giappone è stata avanzata nel corso della precedente edizione di «*Japan-EU Regulatory Reform Dialogue*» (2004).

³⁶ Direttiva n. 2005/56/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, pubblicata in *Gu-Ue* n. L 310 del 25 novembre 2005, p. 1.

fiscale, per i gruppi esistenti la direttiva madre-figlia e la direttiva fusioni siano state di recente perfezionate, permangono molti dei problemi da sempre evidenziati. Le imprese continuano a dover fare i conti con diverse regolamentazioni nazionali riguardo a molti aspetti non armonizzati dalle disposizioni comunitarie³⁷. Si sollecita, inoltre, l'adozione del progetto di direttiva che renda possibile la *compensazione transfrontaliera di profitti e perdite* all'interno dello stesso gruppo societario³⁸. In materia di *transfer pricing*, ancora difficili e costose risultano le procedure per concludere accordi preventivi con le autorità fiscali degli Stati membri interessati (*APAs-Advance Pricing Agreements*) sulla determinazione dei prezzi delle transazioni all'interno dello stesso gruppo fra le società con sede in più Stati membri³⁹. In generale, data la scarsa omogeneità delle disposizioni di ciascun Stato membro in materia, si chiede un intervento di semplificazione conforme agli orientamenti suggeriti dall'OCSE. Da anni, inoltre, il Giappone auspicava l'introduzione in tutti gli Stati membri dell'obbligo di utilizzo degli *IAS* – i principi contabili internazionali per la redazione dei bilanci consolidati delle società quotate⁴⁰. Plaude altresì al progetto comunitario, augurandosi si realizzi in tempi brevi, di utilizzare gli *IAS* come base di partenza per l'introduzione di un sistema che renda possibile la determinazione dell'imponibile consolidato di un gruppo in base a regole comuni a tutti gli Stati membri (*CCBT-Common Consolidated Base Taxation*). Per non disincentivare le attività finanziarie, considerando che i numerosi emittenti giapponesi sia di azioni quotate che di obbligazioni operanti in Europa, devono nei loro «financial statements» adeguarsi agli *standard IAS*, il Giappone, inoltre, si raccomanda che l'Unione europea, come necessario, riconosca a breve l'equivalenza tra *IAS* e gli «accounting standards» giapponesi – *Japanese GAAP*⁴¹. In tema di responsabilità sociale di impresa il Giappone esprime preoccupazione per il fatto che alcuni Stati tendono a prescrivere obblighi di informazione sulle misure interne adottate dalle imprese. Pur riconoscendo l'importanza del tema non solo per il pro-

³⁷ Ad esempio, con riferimento alla direttiva fusioni, la previsione di un limite temporale per l'alienazione delle quote acquisite in un processo di riorganizzazione, previsto da alcune disposizioni nazionali o regole diverse in materia di trattamento delle perdite, di valutazione, e per certi Stati membri, di tassazione dell'avviamento o della cessione di proprietà immobiliari o di beni immateriali.

³⁸ Comunicazione Ce, «An Internal Market without company tax obstacles: achievements, ongoing initiatives and remaining challenges» (2003)726 final.

³⁹ Per l'individuazione di soluzioni pratiche ai problemi relativi al *transfer pricing*, peraltro la Commissione europea ha avviato un dibattito con l'«EU Joint Transfer Pricing Forum» inaugurato nel 2002.

⁴⁰ Regolamento Ce n. 1606/2002, in *Guce* n. L 243 dell'11 settembre 2002. Essendo le società affiliate giapponesi presenti in Europa generalmente società non quotate, si esortano gli Stati membri affinché prevedano la possibilità di utilizzare gli *IAS* per tutte le società, quotate e non.

⁴¹ Adottati nel 1990, definiti gergalmente in Giappone «Accounting Big Bang», sono stati perfezionati nel 2000.

gresso economico e sociale in generale, ma anche per la promozione di un *environment* ottimale per gli investimenti reciproci⁴², auspica tuttavia che sia rispettata la linea già espressa dalla Commissione per cui i progetti dovrebbero essere portati avanti dalle imprese su base volontaria⁴³.

Brevetto comunitario – Da anni il Giappone sollecita l'introduzione di un brevetto comunitario ottenibile con una sola domanda e valido in tutto il territorio dell'Unione europea⁴⁴. In più occasioni è stato rammentato che il sistema sinora vigente, complesso e costoso, ha disincentivato la localizzazione delle imprese maggiormente innovative nell'Unione europea. In *materia doganale*, il Giappone contesta la classificazione tariffaria di certi prodotti⁴⁵ e certe incongruenze nel sistema nonché prassi, vigenti in alcuni Stati membri, considerate troppo gravose. In *materia ambientale* molti provvedimenti comunitari, adottati o in via di adozione, vengono esaminati⁴⁶.

Stati membri – Le esortazioni che il Giappone rivolge ai singoli Stati membri riguardano generalmente disposizioni interne in materia societaria⁴⁷, fiscale⁴⁸, le leggi sull'immigrazione e sul lavoro. La rigidità delle leggi sul lavoro è un ostacolo per le nuove iniziative imprenditoriali: il Giappone chiede una maggiore flessibilità su aspetti particolarmente importanti quali la durata dei contratti di lavoro, le retribuzioni e il lavoro straordinario. Lamenta la sovrapposizione che talvolta si verifica, tra norme nazionali e norme comunitarie in materia di sicurezza e specifiche tecniche per la certificazione e la commercializzazione di certi prodotti⁴⁹. Così come una liberalizzazione ulteriore viene richiesta nel settore delle telecomunicazioni in cui si riscontrano

⁴² In effetti, in Giappone, il tema è particolarmente sentito dalle grandi imprese.

⁴³ Comunicazione Ce 2 luglio 2002 sulla Responsabilità Sociale di Impresa (COM(2002)347 def. - Report finale del Multi-Stakeholder Forum 2004, 29 giugno 2004. La richiesta da parte del Giappone è stata avanzata nel corso della precedente edizione di «*Japan-EU Regulatory Reform Dialogue*» (2004).

⁴⁴ Il nuovo sistema, attualmente in corso di introduzione, è destinato a diventare completamente operativo dal 2010.

⁴⁵ In particolare, videocamere e certi tipi di inchiostro per stampanti.

⁴⁶ Il Giappone, pur apprezzando e condividendo l'impegno dell'Unione europea in materia, esprime, ad esempio, le proprie preoccupazioni circa il contenuto della proposta di regolamento per il nuovo sistema unificato di valutazione delle sostanze chimiche nuove e quelle esistenti (REACH system). Non sempre chiari, per gli operatori, sarebbero gli obblighi prescritti dalle disposizioni della direttiva sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (WEEE) e della direttiva sul divieto di utilizzo di certe sostanze in apparecchiature elettriche ed elettroniche (RoHS).

⁴⁷ Nelle precedenti edizioni di «*Japan-EU Regulatory Reform Dialogue*», alcune disposizioni o procedure vigenti in alcuni Stati membri sono state dichiarate eccessivamente gravose per gli operatori.

⁴⁸ In generale, vengono considerate eccessivamente onerose le tasse di registrazione e di proprietà sugli autoveicoli.

⁴⁹ Ci si riferisce espressamente al criterio utilizzato dalle «Direttive Nuovo Approccio». Contestato, in particolare, è il dm 26 marzo 1992, vigente in Italia, per apparecchi per ricevitori importati da Paesi non comunitari, per la cui immissione in commercio si richiedono requisiti ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla normativa comunitaria di cui alle direttive n. 73/23/Cee e n. 89/336/Cee.

sia barriere tecniche che regolamentari. Per i servizi finanziari sarebbero opportuni interventi correttivi considerando che sono prescritte procedure diverse in ogni Stato membro per licenze di attività o approvazioni di prodotti e, inoltre, la compilazione dei moduli necessari obbliga spesso gli operatori all'uso della lingua locale. In materia di servizi, il Giappone lamenta che in molti Stati membri l'avvocato giapponese per poter fornire consulenze, anche solo in base al diritto giapponese, deve superare un esame. Il superamento di un esame non è, invece, richiesto per gli avvocati stranieri che intendano offrire in Giappone servizi di consulenza in base al diritto del paese di abilitazione⁵⁰.

Operatori e amministrazione pubblica – Il Giappone si raccomanda siano garantite sempre procedure di consultazione fra autorità pubbliche e imprese; gli Stati dovrebbero accogliere l'esortazione proveniente dalla Commissione europea⁵¹, per una regolazione chiara e trasparente.

3. Conclusioni

EU-JAPAN Regulatory Reform Dialogue testimonia come le relazioni tra Giappone e Unione europea hanno negli ultimi anni registrato un bel salto di qualità. Negli anni Settanta, la Comunità europea era impegnata a difendere le proprie industrie, lamentando spesso l'eccessivo «*current account surplus*» del Giappone. Dalla metà degli anni Ottanta ma, soprattutto, dagli anni Novanta, grazie anche al maggior riconoscimento conseguito a livello internazionale⁵², l'Unione europea ha cominciato ad approfondire, nei dialoghi col Giappone, le problematiche relative agli ostacoli regolamentari incontrati nel mercato giapponese dai propri operatori. Non è da sottovalutare il ruolo giocato dalla grave crisi economica che ha colpito il Giappone a partire dagli anni Novanta: gli equilibri interni del Paese sono cambiati e il Giappone è diventato più ricettivo nei confronti di «*gaiatsu*», come viene definita la pressione esercitata dall'esterno per le riforme⁵³.

Non solo più approfondite, le relazioni tra Unione europea e Giappone

⁵⁰ «*Gaikoku Bengoshi ni yoru hōritsu jimu no toriatsukai ni kan suru tokubetsu sochihō*» - «Special Measures Law concerning the handling of legal business by Foreign Lawyers» - Law n. 66/1986, da ultimo riformata dalla Law n. 128/2003.

⁵¹ «Toward a reinforced culture of consultation and dialogue - General principle and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission», dicembre 2002.

⁵² Il Giappone, anche per motivi strategici, in passato sembrava preferire accordi con i singoli Stati membri, accordi (i più noti – VERs - le restrizioni volontarie all'esportazione di autoveicoli) che al tempo preoccupavano le autorità comunitarie. Sulla relazione tra integrazione europea e intensificazione del dialogo col Giappone, T. BOURKE, *Japan and the Globalisation of the European Integration*, Ashgate Publishing, 1996.

⁵³ Si osserva generalmente che «*gaiatsu fails without the support of the domestic interest*» - SCHIOPPA, *Bargaining with Japan: what american pressure can and cannot do*, New York, Columbia University Press, 1997.

sono sempre più concrete. Posto che ci sono barriere che non possono essere rimosse con interventi legislativi in quanto insite nella struttura socio-culturale di un paese, l'Unione europea promuove da molti anni programmi per permettere ai propri operatori di conoscere il mercato giapponese e, quindi, per metterli in grado di affrontare il mercato tenendo conto delle differenze⁵⁴. Congiuntamente con il Giappone organizza occasioni di interscambio culturale, come dimostra l'iniziativa lanciata per l'anno 2005, «*2005 EU-Japan Year of People to People Exchanges*», per migliorare la conoscenza reciproca.

I primi segnali di ripresa economica del Giappone non sembrano bloccare il corso di riforme programmato. D'altra parte l'Unione europea dovrebbe cercare di rimanere attraente, se non diventarlo sempre più, per gli investitori giapponesi ed esteri in generale. È lecito, quindi, aspettarsi che il *Regulatory Reform Dialogue* continui a produrre nei prossimi anni buoni risultati.

Cristina Iori

⁵⁴ Tra le iniziative più note, «Gateway to Japan campaign» finalizzata ad introdurre nel mercato giapponese, specialmente, piccole-medio imprese. Non mancano, infine, programmi specifici, perseguiti congiuntamente da Europa e Giappone, nel quadro dell'Industrial Cooperation Programme, organizzato dal METI-Ministero (giapponese) dell'Economia, commercio e industria e Commissione europea, per avvicinare realtà imprenditoriali giapponesi ed europee e promuoverne l'incontro.

DALLA COOPERAZIONE INTERGOVERNATIVA AL TRATTATO COSTITUZIONALE. L'EVOLUZIONE DELLA POLITICA COMUNITARIA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE *

Sommario: *Premessa - 1. La cooperazione intergovernativa in materia di immigrazione: dagli Accordi di Schengen al Trattato di Maastricht - 1.1 Gli Accordi di Schengen - 1.2 Il Trattato di Maastricht - 2. La "comunitarizzazione" della materia immigrazione - 2.1 Il Trattato di Amsterdam - 2.1.1 L'incorporazione dell'acquis di Schengen - 2.2 Il Trattato di Nizza - 3. Il Trattato-Costituzione - 3.1 Premessa - 3.2 Il Trattato costituzionale - 3.2.1 Premessa. I Protocolli allegati al Trattato-Costituzione - 3.2.2 Il Protocollo dei nuovi Stati membri - 3.2.3 Il Protocollo di Schengen - 3.2.4 I Protocolli sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, della Danimarca - 3.3 Conclusioni.*

Premessa

Questo contributo ripercorre le tappe significative della disciplina adottata a livello comunitario per regolare una materia delicata: l'*immigrazione*¹.

L'analisi, nella prima parte, riguarda sia la cooperazione *intergovernativa* realizzata all'interno del c.d. «sistema Schengen», che costituisce un primo intervento da parte di un nucleo ristretto di Stati per agevolare la libera circolazione delle persone, sia la cooperazione intergovernativa *istituzionalizzata* dal Trattato di Maastricht, del 1992, che rappresenta un'ulteriore evoluzione rispetto quella prevista all'interno del «sistema Schengen».

La seconda parte concerne la "comunitarizzazione" della politica in mate-

* Il presente lavoro contiene alcune modifiche e integrazioni (alla data del 18 agosto 2005) del testo consultabile sul sito internet ufficiale della Polizia di Stato www.poliziadistato.it.

¹ Per una panoramica generale della disciplina dei "flussi migratori" nel quadro giuridico internazionale, europeo ed interno, v. B. NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (Roma, 17-18 giugno 2004), Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 71-88.

ria di immigrazione avviata dal Trattato di Amsterdam. Con la "comunitarizzazione" gli Stati membri hanno deciso di trasferire dal terzo al primo pilastro diverse materie («visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone»), al fine di assoggettare le materie contemplate dal nuovo Titolo IV TCE alla competenza comunitaria.

Infine, la terza parte richiama la nuova disciplina prevista dal Trattato-Costituzione, che dovrebbe costituire (*se e quando entrerà in vigore*) il nuovo quadro entro il quale regolare una delle espressioni più *alte* del processo di integrazione europea.

1. La cooperazione intergovernativa in materia di immigrazione: dagli Accordi di Schengen al Trattato di Maastricht

1.1 Gli Accordi di Schengen

Negli anni Settanta alcuni Stati europei decidevano di percorrere insieme la strada della cooperazione *intergovernativa*. Nascevano così, nel corso del tempo, diversi fori o organismi che si differenziavano, soprattutto, per competenza tematica². Tra tutti questi gruppi di lavoro si richiama, per la sua rilevanza, quello istituito dall'Accordo di Schengen (14 giugno 1985) e dalla relativa Convenzione di applicazione (19 giugno 1990)³, che si caratterizzava come un *laboratorio*⁴ avviato da parte di alcuni Stati per realizzare una delle manifestazioni del processo di integrazione europea, ossia la libera circolazione delle persone⁵.

Nella fase iniziale soltanto un gruppo ristretto di Stati sottoscriveva l'Accordo (Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi) ma, progressivamente, il numero aumentava con l'adesione dell'Italia (1990)⁶, della Spagna e del Portogallo (1991), della Grecia (1992), dell'Austria (1995), della Da-

² Tra i diversi gruppi si ricordano: Gruppo Trevi (istituito nel 1975), Gruppo *ad hoc* per l'immigrazione (creato nel 1986).

³ Riguardo gli Accordi di Schengen v. M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziale e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 3-26; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 80 ss.; M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 226-229; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 44-54.

⁴ In tal senso cfr. L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto*, *loc. cit.*, p. 51.

⁵ È il caso di ricordare, come rileva Lucia Serena Rossi, che gli Accordi di Schengen «(...) sono stati conclusi in un quadro del tutto esterno alla Comunità (...)» cfr. L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri*, *loc. cit.*, p. 80.

⁶ Per quanto riguarda l'adesione dell'Italia cfr. L. S. ROSSI, *Sulla partecipazione italiana agli Accordi di Schengen*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 317 ss.

nimarca, della Finlandia e della Svezia (1996). Il Regno Unito e l'Irlanda pur facendo parte della Comunità decidevano di rimanere esclusi da detti accordi.

Il contenuto degli Accordi riguardava l'abolizione graduale dei controlli alle frontiere comuni⁷, mediante l'adozione di misure in grado di regolare gli aspetti più controversi in tema di libera circolazione delle persone (e delle merci). In particolare, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen prevedeva, al Titolo II (deputato alla «soppressione dei controlli alle frontiere interne e circolazione delle persone»), una serie di norme che stabilivano, ad esempio, le condizioni di ingresso nell'area (art. 5), l'istituzione del visto uniforme per soggiorni di breve durata (art. 10), le «condizioni di circolazione degli stranieri» (artt. 19-24), le «misure di accompagnamento» (artt. 26-27)⁸.

La Convenzione, inoltre, istituiva al Titolo IV il «Sistema d'Informazione Schengen» (SIS), ovvero un archivio comune contenente informazioni rilevanti sia per il controllo delle frontiere, che per la cooperazione di polizia nel settore della criminalità (art. 92)⁹.

La Convenzione, infine, prevedeva al Titolo VII, la creazione di un «Comitato esecutivo», che aveva «il compito di vigilare sulla corretta applicazione della Convenzione» (art. 131, par. 2).

Terminando questa rapida analisi degli Accordi di Schengen, da un lato, è opportuno ricordare l'aspetto più significativo del «sistema Schengen», ossia quello di aver avviato in un settore particolare una forma di cooperazione che non era riuscita nel quadro comunitario¹⁰. Dall'altro lato però, il c.d. «laboratorio Schengen» presentava un rilevante *deficit*, ovvero la mancanza di un controllo giurisdizionale¹¹.

⁷ Riguardo il tema dei controlli alle frontiere cfr. E. GUILD, *Moving the Borders of Europe*, inaugural lecture, Centre for Migration Law - University of Nijmegen, 2001, disponibile in: <http://www.jur.kun.nl/cm/rticles/oratieEG.pdf> (pagina consultata nel dicembre 2002).

⁸ Tra i diversi contributi sulla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen v. IAI, *La Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen del 19 giugno 1990*, in *Immigrazione e asilo nel quadro della politica italiana e nel contesto dell'Unione europea*, dossier giuridico, Roma, 2000, p. 13-19.

⁹ Riguardo il «Sistema d'Informazione Schengen» v. L. S. ROSSI, *La protezione dei dati personali negli accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalla Comunità europea*, in B. NASCIBENE (a cura di, con la collaborazione di M. PASTORE), *Da Schengen a Maastricht*, cit. *supra*, nota 3, p. 179-183.

¹⁰ In questo senso cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, cit. *supra*, nota 3, p. 227-228.

¹¹ In tal senso, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in *L'Italia e Schengen, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra problemi applicativi e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dal Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione ed il funzionamento dell'Accordo di Schengen (Roma, 3 aprile 1998), reperibile in: http://www.camera.it/_bicamerale/schengen/convegna/italiasc/giald.htm.

1.2 Il Trattato di Maastricht

Il Trattato sull'Unione europea¹² (TUE), firmato a Maastricht nel 1992, assegnava una competenza in materia di immigrazione mediante il Titolo VI (ex artt. K.1 - K.9 TUE), deputato alla «cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni» (c.d. *terzo pilastro*)¹³.

Il terzo pilastro¹⁴ era dedicato alla realizzazione, nell'ambito degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone. Tale scopo veniva perseguito attraverso la cooperazione tra Stati membri nei diversi settori di "*interesse comune*" previsti nell'ex norma K.1¹⁵:

- «1. la politica di asilo;
2. le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli;
3. *la politica d'immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei paesi terzi:*
 - a. *le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri;*
 - b. *le condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri, compresi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione;*
 - c. *la lotta all'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri;*
4. la lotta contro la tossicodipendenza, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7, 8 e 9;
5. la lotta contro la frode su scala internazionale, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7, 8 e 9;
6. la cooperazione giudiziaria in materia civile;
7. la cooperazione giudiziaria in materia penale;
8. la cooperazione doganale;
9. la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e di altre forme gravi di criminalità internazionale, compresi, se necessario, taluni aspetti di cooperazione doganale, in connessione con l'organizzazione a livello dell'Unione di un sistema di

¹² Sul Trattato di Maastricht v., tra gli altri, F. POCAR - C. SECCHI, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1992.

¹³ In questo senso cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, loc. cit., p. 231.

¹⁴ Sul terzo pilastro v. N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996; A. TIZZANO, *Brevi note sul "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 391 ss.; D. O'KEEFFE, *La cooperazione intergovernativa e il terzo pilastro del Trattato sulla Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 651 ss.

¹⁵ Cfr. L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto*, cit. supra, nota 3, p. 59-60.

scambio di informazioni in seno ad un Ufficio europeo di polizia (Euro-pol)»¹⁶.

La cooperazione tra Stati membri nei settori di "*interesse comune*" doveva avvenire, inoltre, nel rispetto «della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (4 novembre 1950) e della Convenzione relativa allo status dei rifugiati (28 luglio 1951)» (ex art. K.2)¹⁷.

Va anche ricordato che l'ex art. K.3, par. 2, attribuiva al Consiglio (su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione) la possibilità di adottare *atti* (posizioni comuni, azioni comuni, convenzioni) nelle materie contemplate dal Titolo VI.

Concludendo l'esame del quadro stabilito a Maastricht, è opportuno notare che il Trattato, da un lato, prevedeva alcune novità¹⁸ che possiamo così sintetizzare:

a. la partecipazione, in qualche misura, delle istituzioni comunitarie che nel c.d. «laboratorio Schengen» era ovviamente esclusa¹⁹;

b. l'aver *istituzionalizzato* la cooperazione tra gli Stati membri²⁰;

c. la possibilità, di realizzare la "comunitarizzazione" di determinati settori di "*interesse comune*" contemplati all'ex art. K.1 mediante la c.d. ex norma passerella K.9 (tuttavia, questa concreta possibilità di assoggettare la politica di immigrazione alla competenza comunitaria, secondo la disciplina di cui all'ex art. 100 C, non fu utilizzata)²¹.

Dall'altro lato, invece, il Trattato presentava una lacuna (più volte rilevata dalla dottrina), ossia l'assenza di un controllo giurisdizionale con riferimento agli *atti* del terzo pilastro²².

¹⁶ Corsivo aggiunto.

¹⁷ Sul punto cfr. B. NASCIBENE, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, in IAI, *Immigrazione e asilo nel quadro della politica italiana e nel contesto dell'Unione europea*, raccolta di saggi, Roma, 2000, p. 3-4.

¹⁸ In argomento, la Commissione così sottolineava: «Il Trattato sull'Unione europea prevede quindi: un rinnovato impegno politico; un insieme di norme chiare e precise; determinate procedure e determinati strumenti; la facoltà di tutte le istituzioni e di tutti gli Stati membri dell'Unione di affrontare nuovi campi che presentino speciale interesse per l'opinione pubblica e sul piano politico; alcune strutture razionalizzate e meglio coordinate al fine di preparare le decisioni a livello politico» cfr. *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulle politiche d'immigrazione e di asilo*, COM (94)23 definitivo, del 23 febbraio 1994, p. 7, punto 20.

¹⁹ In tal senso cfr. L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto*, cit. supra, nota 3, p. 61.

²⁰ In questo senso cfr. D. O'KEEFFE, *La cooperazione intergovernativa*, cit. supra, nota 14, p. 651.

²¹ In tal senso cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, cit. supra, nota 3, p. 233.

²² In tal senso, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo*, cit. supra, nota 11; sul punto cfr. A. TIZZANO, *Brevi note sul "terzo pilastro"*, cit. supra, nota 14, p. 397; M. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'art. K. 3, lett. C del Trattato sull'Unione*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 579-582.

2. La "comunitarizzazione" della materia immigrazione

2.1 Il Trattato di Amsterdam

Il Trattato di Amsterdam²³ ha "comunitarizzato" la materia di «visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone» (nuovo Titolo IV TCE; artt. 61- 69)²⁴ e ha provveduto all'incorporazione dell'*acquis* di Schengen. Con la "comunitarizzazione"²⁵ gli Stati membri hanno deciso di trasferire dal terzo al primo pilastro diverse materie²⁶:

a. abolizione dei controlli sulle persone, sia cittadini dell'Unione sia cittadini di Paesi terzi, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne (art. 62, punto 1);

b. attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, in particolare: «a. norme e procedure cui gli Stati membri devono attenersi per l'effettuazione di controlli sulle persone alle suddette frontiere; b. regole in materia di visti relativi a soggiorni previsti di durata non superiore a tre mesi che comprendono: i. un elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e di quelli i cui cittadini sono esenti da tale obbligo; ii. le procedure e condizioni per il rilascio dei visti da parte degli Stati membri; iii. un modello uniforme di visto; iv. norme relative a un visto uniforme» (art. 62, punto 2);

c. condizioni che regolano la libertà dei cittadini di Paesi terzi di spostarsi all'interno del territorio comunitario (art. 62, punto 3);

²³ Cfr. *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997. Sul Trattato di Amsterdam v., tra gli altri, S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 917-945; AA. VV., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, Giuffrè, 1999.

²⁴ Sulla "comunitarizzazione" della politica in materia immigrazione è certamente rilevante il commento di Bruno Nascimbene: «Come afferma correttamente Antonio Tizzano, checché se ne dica dei vari progressi (o non-progressi) compiuti, poco alla volta ed anche in uno spazio relativamente breve di tempo (e dieci anni sono uno spazio relativamente breve) la politica dell'immigrazione è destinata a fare parte integrante del diritto comunitario», cfr. B. NASCIBENE, *Cittadini comunitari e cittadini dei Paesi terzi dopo il Trattato di Amsterdam*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *La cittadinanza europea*, Atti del Convegno organizzato dall'Osservatorio sulle Istituzioni Internazionali e Comunitarie della L.U.I.S.S. (Roma, 26 marzo 1998), Milano, Giuffrè, 1999, p. 57. Riguardo la "comunitarizzazione" cfr. A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 68-96; K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 2000; E. GUILD, *Immigration Law in the European Community*, The Hague, Kluwer Law International, 2001; B. NASCIBENE - E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1, 2002, p. 13-34; anche i contributi in P. DE BRUYCKER (under the supervision of), *The Emergence of a European Immigration Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2003; J. Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, faculté de droit, service cours, 2004, p. 35 ss., disponibile in: <http://www.drt.ucl.ac.be/DH/JYCCond-personnes-UE.pdf>.

²⁵ È fondamentale ricordare che la "comunitarizzazione" segna il passaggio della materia dall'area intergovernativa alla competenza comunitaria. Riguardo le differenze fra il "metodo della cooperazione intergovernativa" e il "metodo comunitario" cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea, dal Piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 2-7.

²⁶ Sul punto, cfr. B. NASCIBENE, *Immigrazione e asilo*, cit. supra, nota 17, p. 5.

d. asilo (art. 63, punto 1);

e. rifugiati e sfollati (art. 63, punto 2);

f. politica di immigrazione, in particolare: «a. condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b. immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare» (art. 63, punto 3);

g. definizione dei diritti e delle condizioni dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro per soggiornare in altri Stati membri (art. 63, punto 4).

Detto questo, occorre ricordare che l'art. 61 ha previsto che:

«Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta:

a. entro un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone a norma dell'art. 14, insieme a misure di accompagnamento direttamente collegate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione, a norma dell'art. 62, par. 2 e 3 e dell'art. 63, par. 1, lett. a. e par. 2, lett. a., (...).

b. altre misure nei settori dell'asilo, dell'immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi, (...)²⁷. Tuttavia, l'art. 63, ultimo comma, ha stabilito alcuni "settori" per i quali il suddetto limite non si applica²⁸.

Per quanto riguarda invece la natura decisionale, l'art. 67 ai par. 1 e 2, statuisce che:

«1. Per un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, il Consiglio delibera all'unanimità su proposta della

²⁷ Si tenga ben presente che il termine di cinque anni non deve essere considerato perentorio, infatti Lucia Serena Rossi rileva che: «(...) se le misure necessarie non riusciranno ad essere adottate entro tale termine, si potrà cioè adottarle anche successivamente. Due le ragioni che inducono a pensarlo: la prima è che a conclusioni simili si era giunti per l'analogo termine del 1992 fissato dall'Atto unico europeo, la seconda è che lo stesso titolo qui in esame prevede procedure decisionali differenziate a seconda che gli atti siano adottati nei primi cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam o successivamente (...)» cfr. L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri*, cit. *supra*, nota 3, p. 169.

Sempre su questo punto Alessandra Lang osserva che: «Il termine non è però perentorio, nel senso che se il suo mancato rispetto potrebbe giustificare un'azione in carenza, dal suo inutile decorso non discendono automatiche conseguenze» cfr. commento di A. LANG all'art. 61 TCE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. I, par. 5, p. 435.

²⁸ I settori interessati sono: I. «promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi»; II. «condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare»; III. «misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri».

Commissione o su iniziativa di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Trascorso tale periodo di cinque anni:

- il Consiglio delibera su proposta della Commissione; la Commissione esamina qualsiasi richiesta formulata da uno Stato membro affinché essa sottoponga una proposta al Consiglio;

- il Consiglio deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, prende una decisione al fine di assoggettare tutti o parte dei settori contemplati dal presente titolo alla procedura di cui all'art. 251 e di adattare le disposizioni relative alle competenze della Corte di giustizia».

Tale procedura ha individuato "l'unanimità" quale condizione per emanare *atti* in materia di visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, salvo poche eccezioni previste all'art. 67, par. 3²⁹. Tuttavia, essendo ormai trascorso il c.d. periodo transitorio, la Commissione dovrebbe, ragionevolmente, esercitare il potere esclusivo di iniziativa (tranne il caso di esaminare qualsiasi richiesta presentata dagli Stati membri), mentre il Consiglio continua a deliberare all'unanimità, salvo la possibilità di adottare all'unanimità una decisione (dopo aver consultato il Parlamento europeo), allo scopo di assoggettare tutte o solo alcune materie del Titolo IV TCE alla procedura di codecisione, prevista all'art. 251 TCE³⁰.

È opportuno sottolineare che il Titolo IV TCE contribuisce, insieme al Titolo VI TUE³¹, al perseguimento dello scopo generale di «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (...) (art. 2 TUE, quarto trattino)³². In sostanza, la costruzione dello "*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*", pur comprendendo ambiti di competenza distinti (primo e terzo pilastro) avviene in stretta sinergia³³.

Va osservato però che il Titolo IV non si applica al Regno Unito, all'Irlanda, alla Danimarca (con la conseguenza di limitare la c.d. "*comunitarizza-*

²⁹ L'art. 67, par. 3, recita: «In deroga ai par. 1 e 2, le misure di cui all'art. 62, punto 2, lett. b. punti i. e iii., successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sono adottate dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo».

³⁰ V., *infra*, la decisione del Consiglio n. 2004/927/Ce del 22 dicembre 2004.

³¹ Si ricorda che con la "comunitarizzazione" il Titolo VI TUE è dedicato soltanto alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

³² In tal senso cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, cit. *supra*, nota 3, p. 243.

³³ In questo senso cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, loc. cit., p. 243-244. Riguardo la costruzione dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» cfr. B. NASCIBENE, *Introduzione. Il "Diritto degli stranieri". Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in B. NASCIBENE (a cura di, con i contributi di P. BONETTI - A. CASADONTE - L. CASTELVETRI - W. CITTI - F. GUALANDI - A. LANG - G. LUDOVICO - M. MARANDO - L. MELICA - L. MIAZZI - L. NERI - M. PASTORE - N. ZORZELLA), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. XLIV-XLV.

zione"). Secondo quanto previsto dal Protocollo³⁴ allegato al Trattato in esame, i primi due Paesi non partecipano alla adozione delle misure previste nel Titolo IV (art. 1), salvo la possibilità di "notificare" per iscritto l'intenzione di parteciparvi (art. 3), mentre la Danimarca partecipa soltanto all'adozione delle misure che riguardano: la determinazione dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto per attraversare le frontiere esterne, l'istituzione di un modello di visto uniforme (art. 4)³⁵.

In conclusione, non si può fare a meno di ricordare che il Trattato di Amsterdam, in materia di controllo giurisdizionale delle materie contemplate dal Titolo IV, ha introdotto alcuni limiti al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia. In proposito, si richiama il par. 1 dell'art. 68, che sancisce il *rinvio pregiudiziale*, alla Corte di giustizia, da parte dei soli giudici di ultima istanza³⁶.

2.1.1 L'incorporazione dell'*acquis* di Schengen

Il Trattato di Amsterdam ha provveduto all'incorporazione del c.d. *acquis* di Schengen nel quadro dell'Unione, mediante un Protocollo³⁷. Il contenuto del Protocollo ha riguardato: l'Accordo e la Convenzione di Schengen, i Protocolli e gli accordi di adesione dei Paesi dell'area, gli atti prodotti dal Comitato esecutivo e dagli organi da esso derivanti.

³⁴ Cfr. Protocollo sulla posizione del Regno Unito e Irlanda allegato al Trattato di Amsterdam, in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997.

³⁵ Cfr. Protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al Trattato di Amsterdam, in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997.

³⁶ L'art. 68, par. 1, recita: «L'art. 234 si applica al presente titolo nelle seguenti circostanze e alle seguenti condizioni: quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente titolo oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessario per emanare la sua sentenza una decisione su tale punto, domanda alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione». Per un'analisi approfondita della competenza della Corte di giustizia in materia, cfr. commento di A. ADINOLFI all'art. 68 TCE, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 317 ss; commento di L. DANIELE all'art. 68 TCE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione*, cit. supra, nota 27, p. 460-464. Sul *rinvio pregiudiziale* e sulla nozione di *giurisdizione di ultima istanza* cfr. M. CONDINANZI, *La nozione di "Giudice avverso le cui decisioni non può proporsi ricorso di diritto interno" nel Titolo IV del Trattato CE. Osservazioni in margine al caso Dem'Yanenko*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit. supra, nota 1, p. 443-450. Riguardo le *garanzie* previste dal diritto internazionale cfr. C. FAVILLI, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, Viterbo, Union Printing, 1998; B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 153 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, IX ed., Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 89-93.

³⁷ Cfr. Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997. Riguardo l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen cfr. 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. 731-742; B. NASCIBENE, *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, in AA. VV., *Il Trattato di Amsterdam*, cit. supra, nota 23, p. 269-271; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri*, cit. supra, nota 3, p. 188-199.

Per quanto concerne la posizione del Regno Unito e dell'Irlanda (che non hanno aderito al «sistema Schengen»), il Protocollo all'art. 4³⁸ ha previsto di poter partecipare (in tutto o in parte) all'*acquis* di Schengen. Infatti, la richiesta di partecipare (*parzialmente*) è stata accettata dal Consiglio³⁹.

Per quanto riguarda la posizione della Danimarca, il Protocollo⁴⁰ all'art. 5 ha previsto la possibilità di decidere, entro sei mesi «dalla decisione del Consiglio su una proposta o iniziativa di sviluppare l'*acquis* di Schengen», se recepirla o meno. Qualora decida di recepirla, si «creerà un obbligo a norma del diritto internazionale tra la Danimarca e gli altri Stati membri (...); qualora invece dovesse scegliere di non recepirla, «gli Stati membri di cui all'art. 1 del protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea esamineranno le misure appropriate da adottare» (art. 5, par. 2).

Infine, per quanto attiene alla Norvegia e all'Islanda (membri *associati* al «sistema Schengen»⁴¹), in sintesi, rileviamo che i citati Paesi possono dare o meno attuazione agli atti che riguardano l'*acquis*⁴².

Al termine di questa rapida analisi, si ricorda che con decisione n. 1999/435/Ce⁴³ il Consiglio dell'Unione ha modificato l'*acquis* di Schengen decidendo le disposizioni o decisioni costituenti detto *acquis*⁴⁴, mentre con decisione n. 1999/436/Ce⁴⁵ ha rinvenuto negli artt. 62 e 63 TCE le basi giuridiche dell'*acquis*.

2.2 Il Trattato di Nizza

Il Trattato di Nizza⁴⁶ ha modificato, in minima parte, il quadro stabilito ad

³⁸ Cfr. Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, *cit. supra*, nota 37.

³⁹ Cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, *cit. supra*, nota 3, p. 242.

⁴⁰ Cfr. Protocollo sulla posizione della Danimarca in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997.

⁴¹ Riguardo l'Accordo di associazione cfr. L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri*, *loc. cit.*, p. 199-204.

⁴² Sul punto cfr. M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, *loc. cit.*, p. 240, nota 54.

⁴³ Cfr. decisione del Consiglio n. 1999/435/Ce del 20 maggio 1999, in *Guce* n. L 176 del 10 luglio 1999.

⁴⁴ È opportuno ricordare che il punto 5 della decisione n. 1999/435/Ce precisa che «qualora non sia necessario o opportuno» secondo i motivi di cui al punto 4 «che il Consiglio definisca la base giuridica per determinate disposizioni dell'*acquis* di Schengen, ciò non ha per effetto di renderle inesistenti o di privarle della loro efficacia giuridica; che rimangono impregiudicati gli effetti giuridici degli atti in vigore adottati sulla base di tali disposizioni»; cfr. decisione del Consiglio n. 1999/435/Ce del 20 maggio 1999, in *Guce* n. L 176 del 10 luglio 1999, p. 1.

⁴⁵ Cfr. decisione del Consiglio n. 1999/436/Ce del 20 maggio 1999, in *Guce* n. L 176 del 10 luglio 1999.

⁴⁶ Cfr. *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001 e *Guce* n. C 325 del 24 dicembre 2002. Sul Trattato di Nizza, v. F. POCAR - C. SECCHI, *Il Trattato di Nizza e l'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; A.

Amsterdam⁴⁷. In particolare, occorre sottolineare che sulla base della dichiarazione comune n. 5 relativa all'art. 67 TCE (allegata al Trattato in esame)⁴⁸, il Consiglio con decisione n. 2004/927/Ce del 22 dicembre 2004⁴⁹ ha stabilito l'applicazione della procedura di codecisione⁵⁰ (che prevede sia un potere più penetrante del Parlamento europeo, sia la possibilità per il Consiglio di deliberare a *maggioranza qualificata*) per l'adozione delle misure previste: all'art. 62, punto 1 («misure volte a garantire, in conformità, all'art. 14, che non vi siano controlli sulle persone, sia cittadini dell'Unione sia cittadini di paesi terzi, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne»), punto 2, lett. *a*. («norme e procedure cui gli Stati membri devono attenersi per l'effettuazione di controlli sulle persone alle (...) frontiere» [*esterne*]) e punto 3 («misure che stabiliscono a quali condizioni i cittadini dei paesi terzi hanno libertà di spostarsi all'interno del territorio degli Stati membri per un periodo non superiore a tre mesi»); all'art. 63, punto 2, lett. *b*. («promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi») e punto 3, lett. *b*. («immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare»). Tuttavia, è opportuno ricordare che il Consiglio ha deciso che in attesa dell'entrata in vigore del Trattato costituzionale «(...) il Consiglio debba continuare a deliberare all'unanimità, previa consultazione del Parlamento eu-

TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2003; B. NASCIBENE (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴⁷ Va ricordato che il Trattato di Nizza ha inserito all'art. 67 TCE il seguente paragrafo: «5. In deroga al par. 1, il Consiglio adotta secondo la procedura di cui all'art. 251:

- le misure previste all'art. 63, punto 1. e punto 2., lett. *a*., purché il Consiglio abbia preliminarmente adottato, ai sensi del par. 1 del presente articolo, una normativa comunitaria che definisca le norme comuni e i principi essenziali che disciplinano tali materie;

- le misure previste all'art. 65, ad esclusione degli aspetti connessi con il diritto di famiglia» cfr. *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001, p. 14.

⁴⁸ Si ritiene utile riportare quanto previsto nella dichiarazione n. 5: «Le Alte Parti Contraenti esprimono il loro accordo affinché il Consiglio, nella decisione che deve adottare in virtù dell'art. 67, par. 2, secondo trattino:

- stabilisca di deliberare, a decorrere dal 1° maggio 2004, secondo la procedura di cui all'art. 251 per adottare le misure previste all'art. 62, punto 3. e all'art. 63, punto 3, lett. *b*.;

- stabilisca di deliberare secondo la procedura di cui all'art. 251 per adottare le misure previste all'art. 62, punto 2), lett. *a*., a decorrere dalla data in cui sia conseguito un accordo sul campo di applicazione delle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone.

Il Consiglio si adopererà inoltre per rendere la procedura di cui all'art. 251 applicabile, dal 1° maggio 2004 o al più presto dopo tale data, agli altri settori previsti dal titolo IV o ad alcuni di essi» cfr. *Dichiarazione relativa all'art. 67 del Trattato che istituisce la Comunità europea*, in *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001, p. 77-78.

⁴⁹ Cfr. decisione del Consiglio n. 2004/927/Ce del 22 dicembre 2004, in *Gu-Ue* n. L 396 del 31 dicembre 2004, p. 45-46. Riguardo tale decisione v. C. FAVILLI - B. NASCIBENE, *Orientamenti comunitari in X Rapporto sulle migrazioni 2004-ISMU*, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 77 ss.; sul punto v. anche B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 58-59, note: *Ibis*, *Iter*.

⁵⁰ Riguardo la procedura di codecisione v., tra gli altri, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, nuova ed., Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 35-36.

ropeo, allorché adotta misure nel settore dell'immigrazione regolare dei cittadini di paesi terzi verso e tra gli Stati membri di cui all'art. 63, punto 3., lett. a. e punto 4 del trattato»⁵¹.

È evidente, per concludere, che il passaggio dall'unanimità alla *maggioranza qualificata* dovrebbe eliminare il rischio di una paralisi nell'adozione di decisioni in un'Unione ormai ampliata⁵².

3. Il Trattato-Costituzione

3.1 Premessa

Prima di procedere all'esame della disciplina della politica comunitaria in materia di immigrazione nel «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa»⁵³ è opportuno ricordare che il processo di ratifica previsto all'art. IV-447, par. 2 («Ratifica e entrata in vigore»)⁵⁴ è stato temporaneamente sospeso ("*pausa di riflessione*") in seguito all'esito negativo dei *referendum* francese ed olandese⁵⁵.

⁵¹ Cfr. decisione del Consiglio n. 2004/927/Ce del 22 dicembre 2004, in *Gu-Ue* n. L 396 del 31 dicembre 2004, p. 45, punto (7). Va inoltre ricordato che il "*Programma dell'Aja*" ha previsto l'*estensione* della procedura di codecisione «(...) a tutte le misure previste al titolo IV (...), ad eccezione della migrazione legale» cfr. documento 2005/C/53/01 («Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea»), in *Gu-Ue* n. C 53 del 3 marzo 2005, p. 3.

⁵² In tal senso cfr. L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto*, cit. *supra*, nota 3, p. 195-196. Sull'allargamento dell'Unione europea cfr. A. PITASSIO, *L'Unione Europea si estende a Est*, in F. RASPADORI - M. SIGNORELLI (a cura di), *L'Unione europea tra allargamento e Trattato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 29-34. Riguardo le implicazioni dell'allargamento sulla politica in materia di immigrazione, in particolare, cfr. A. LANG, *Quali conseguenze sulla libera circolazione delle persone dopo l'allargamento dell'Unione europea?*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit. *supra*, nota 1, p. 463-467.

⁵³ Cfr. *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004.

⁵⁴ L'art. IV-447, par. 2, recita: «Il presente trattato entra in vigore il 1° novembre 2006, se tutti gli strumenti di ratifica sono stati depositati; altrimenti, il primo giorno del secondo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procede per ultimo a tale formalità».

Va ricordato che l'art. IV-437 (Parte IV «Disposizioni generali e finali»), prevede l'abrogazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea, compresi gli *atti* e i *trattati* che li hanno completati e modificati. Il par. 2 del medesimo articolo stabilisce, inoltre, l'abrogazione dei trattati di adesione di: Austria, Danimarca, Repubblica Ceca, Cipro, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Slovenia, Slovacchia, Spagna, Svezia, Ungheria. Tuttavia, il citato articolo, al par. 2, primo e secondo trattino, precisa che le disposizioni che sono riportate o cui è fatto riferimento nel protocollo relativo al trattato e all'atto di adesione dei sopra citati Stati «restano in vigore e i loro effetti giuridici sono mantenuti».

Va inoltre ricordato che l'art. IV-438 («Successione e continuità giuridica») par. 3, statuisce che gli elementi dell'*acquis* comunitario e dell'Unione esistenti al momento dell'entrata in vigore del Trattato-Costituzione sono validi finché non saranno modificati o abrogati.

⁵⁵ Sul punto v. documento *SN 117/05* del 18 giugno 2005, disponibile in francese sul sito internet http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/85322.pdf e, in italiano, in questa *Rivista*, 2005, p. 571 ss.

È indubbio che l'entrata in vigore del Trattato costituzionale risulta fortemente a rischio⁵⁶.

3.2 Il Trattato costituzionale

Il testo del Trattato-Costituzione⁵⁷, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, contempla la materia immigrazione all'interno dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia»⁵⁸, previsto nella Parte III («Le politiche e il funzionamento dell'Unione»)⁵⁹. In particolare, la politica oggetto del nostro studio⁶⁰ viene prevista nella Sezione II («Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione»), del Capo IV («Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»), del Titolo III (dedicato alle «Politiche e azioni interne»)⁶¹. Per quanto attiene l'esame delle disposizioni che riguardano la nostra materia, anzitutto notiamo un maggior interesse, rispetto alla normativa vigente, verso alcune "priorità" definite dal Consiglio europeo straordinario di Tampere (15-16 ottobre 1999), come la prevenzione e il contrasto dell'immigrazione clandestina, una gestione più efficace dei flussi migratori, la lotta contro la tratta di esseri umani⁶².

Il Trattato costituzionale indica la "legge" o la "legge quadro" quali «strumenti giuridici»⁶³ per disciplinare:

⁵⁶ Riguardo le possibili "strade" da seguire per uscire dalla crisi, v. L. S. ROSSI, *What if the Constitutional Treaty is not ratified?*, European Policy Centre, 2004, reperibile in: <http://www.the-epc.net/en/default.asp?TYP=TEWN&LV=187&see=y&t=&PG=TEWN/EN/detail&I=&AI=372>.

⁵⁷ Per una disamina del progetto di Trattato-Costituzione, cfr. L. S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004; A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1-42.

⁵⁸ Riguardo lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» v. B. NASCIBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea* in L. S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione*, cit. supra, nota 57, p. 273 ss.; J. MONAR, *The "Area of Freedom, Security and Justice" in the EU's Draft Constitutional Treaty and its Implications for the Mediterranean*, in P. G. XUEREB (ed.), *The European Union and the Mediterranean*, The Mediterranean's European Challenge, Volume V, European Documentation and Research Centre, University of Malta, 2004, p. 215-243, disponibile in: <http://www.fscpo.unict.it/EuroMed/EDRC5/eusamed06.pdf>. Riguardo lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e la politica di immigrazione cfr. B. NASCIBENE, *Per l'immigrazione controllo a tre fasi*, in *Guida al diritto*, dossier n. 10, novembre 2004, p. 81-82.

⁵⁹ In tal senso, cfr. B. NASCIBENE, *Politica di immigrazione e Costituzione europea*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5, Rimini, Maggioli, 2004, p. 728.

⁶⁰ Per un esame della politica di immigrazione nel progetto di Trattato-Costituzione v. B. NASCIBENE, *Il progetto di Costituzione europea e l'immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1, Milano, 2004, p. 13 ss.; v. anche B. NASCIBENE, *Politica sull'immigrazione e progetto di Costituzione europea*, in *Studi Emigrazione/Migration Studies*, XLI, n. 153, Centro Studi Emigrazione, Roma, 2004, pp. 71-81.

⁶¹ In questo senso, cfr. B. NASCIBENE, *Politica di immigrazione*, loc. cit., p. 728.

⁶² Cfr. *ibidem*, p. 736; v. anche *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo straordinario di Tampere*, in *Bollettino dell'Unione europea*, n. 10 del 1999, p. 10, punti: 22, 23, 26 e in questa *Rivista*, 2000, p. 177.

⁶³ Il Trattato-Costituzione prevede una nuova tipologia degli atti, v. la parte I, art. I-33 ss.; sul punto cfr. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, nuova ed., Bologna, Il Mulino, 2004, p. 25-27.

- le condizioni di ingresso e soggiorno, i visti e i titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli a scopo di ricongiungimento familiare (art. III-267, par. 2, lett. a.);
- i diritti dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro e le condizioni per circolare, soggiornare, negli altri Stati membri (art. III-267, par. 2, lett. b.);
- l'immigrazione e il soggiorno irregolare, allontanamento e rimpatrio (art. III-267, par. 2, lett. c.);
- la lotta contro la tratta di esseri umani⁶⁴ (art. III-267, par. 2, lett. d.), gli accordi di riammissione⁶⁵ (art. III-267, par. 3).

Infine il Trattato-Costituzione prevede, sia misure tese «a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio»⁶⁶, con esclusione però «di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. III-267, par. 4); sia il diritto degli Stati di «determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi» che "immigrano"⁶⁷ al fine di cercare lavoro subordinato o autonomo (art. III-267, par. 5)⁶⁸.

3.2.1 Premessa. I Protocolli allegati al Trattato-Costituzione

Prima di passare alla disamina di alcuni dei protocolli allegati al Trattato-Costituzione è significativo premettere che con riferimento alla posizione di Regno Unito e Irlanda, Danimarca⁶⁹, la disciplina relativa alla politica in ma-

⁶⁴ Riguardo «la tratta di esseri umani» cfr. I. CARACCILO, *Dalla tratta di schiavi alla tratta di migranti clandestini. Eguaglianze e diversità nella prevenzione e repressione internazionale del traffico di esseri umani*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit. supra, nota 1, p. 153-175. Per una definizione di "tratta di esseri umani", in particolare, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 724-726.

⁶⁵ Sulla riammissione v. F. PASTORE, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 968-1021; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto*, cit. supra, nota 3, p. 145-151.

⁶⁶ In merito, cfr. la relazione finale del Gruppo X (della *Convenzione*) «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», in documento CONV 426/02 del 2 dicembre 2002, p. 5.

⁶⁷ Cfr. B. NASCIBENE, *Politica di immigrazione*, cit. supra, nota 59, p. 738 (corsivo aggiunto).

⁶⁸ Per completezza del quadro delineato dal Trattato-Costituzione nella materia in esame si ritiene opportuno richiamare le parole di Bruno Nascimbene che, per quanto concerne l'aspetto *giurisdizionale* afferma che: «(...) la tutela dei diritti del singolo avanti alla Corte di giustizia, non vi sarà più, grazie alla "unionizzazione", la preclusione, esistente circa il rinvio pregiudiziale che, oggi, soltanto il giudice di ultimo grado può disporre (art. 68 Trattato CE)» cfr. B. NASCIBENE, *Politica di immigrazione*, loc. cit., p. 739. Per un commento che riguarda il *sistema giurisdizionale* v. A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 645-669.

⁶⁹ Riguardo la posizione "particolare" di questi Stati cfr. S. PEERS, *Veto, Opt-outs and EU Immigration and Asylum law*, Statewatch Briefing, disponibile in: <http://www.poptel.org.uk/statewatch/news/2004/dec/eu-immig-opt-outs3.pdf>.

teria di immigrazione ricalca quella stabilita ad Amsterdam. I citati Paesi, purtroppo, continuano a mantenere lo stesso regime (*opting in - out*) in una materia che, certamente, richiede un "intervento comune" per la sua compiuta regolamentazione.

3.2.2 Il Protocollo dei nuovi Stati membri

Il Protocollo n. 9⁷⁰ preliminarmente afferma che, sia i diritti che gli obblighi derivanti dal Trattato di adesione del 16 aprile 2003⁷¹ «sono divenuti effettivi», secondo quanto previsto dalle condizioni del suddetto Trattato, dal 1° maggio 2004 (art. 2).

L'art. 3, par. 1, stabilisce che, tanto le disposizioni dell'*acquis* di Schengen integrate nell'Unione dal «Protocollo di Schengen», quanto tutti gli atti ad esso relativi o connessi⁷², «sono vincolanti e si applicano nei nuovi Stati membri» dalla data del 1° maggio 2004. Continuando, il par. 2 dell'articolo sopra citato prevede, da un lato che tutti gli atti "diversi" da quelli compresi nel par. 1 «si applicano in un nuovo Stato membro solo in virtù di una decisione europea, adottata dal Consiglio (...)» soltanto nel caso di compatibilità «(...) di tutte le parti dell'*acquis* in questione in tale nuovo Stato membro»; dall'altro che il Consiglio, dopo aver consultato il Parlamento europeo, adotta la decisione europea «(...) deliberando all'unanimità dei suoi membri che rappresentano i governi degli Stati membri in relazione ai quali sono già state attuate le disposizioni [...] al presente paragrafo e del rappresentante del governo dello Stato membro in relazione al quale occorre attuare tali disposizioni». La partecipazione del Regno Unito e dell'Irlanda, in tale decisione è subordinata alla condizione che la decisione stessa «(...) si riferisce a disposizioni dell'*acquis* di Schengen e ad atti basati su di esso, o ad esso altrimenti connessi, di cui detti Stati membri sono parti».

Proseguendo nell'esame del Protocollo, per quello che interessa in questa sede, notiamo che l'art. 68, par. 1, tiene conto della particolare situazione di

⁷⁰ Cfr. Protocollo relativo al Trattato e atto 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, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 297 ss. Va ricordato che il presente Protocollo ricalca la disciplina prevista dal Trattato e atto di adesione dei nuovi Stati membri, in *Gu-Ue* n. L 236 del 23 settembre 2003. Per un'analisi generale di detto Trattato e atto di adesione cfr. A. RIZZO, *L'allargamento dell'Unione: profili generali del Trattato e dell'Atto di adesione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 115-146.

⁷¹ Riguardo il regime di deroghe alla libertà di circolazione delle persone previste dal Trattato di adesione dei nuovi Stati membri allo scopo di limitare l'ingresso di potenziali lavoratori provenienti dai nuovi Paesi, v. A. LANG, *Libera circolazione delle persone in un'Unione ampliata: il nuovo regime dopo il 1° maggio 2004*, in *Corriere giuridico*, n. 6, 2004, p. 820 ss.

⁷² Intendiamo non soltanto quelli stabiliti nell'allegato I dell'atto di adesione del 16 aprile 2003, ma anche quelli adottati prima del 1° maggio 2004.

Cipro⁷³, infatti la norma sancisce:

«L'applicazione dell'*acquis* comunitario⁷⁴ e dell'Unione è sospesa nelle zone della Repubblica di Cipro sulle quali il governo della Repubblica di Cipro non esercita un controllo effettivo». Tuttavia, il par. 2 della stessa disposizione, stabilisce che il Consiglio su proposta della Commissione può decidere all'unanimità la revoca della sospensione.

Parimenti importante appare (nel quadro dell'*acquis* di Schengen) il Titolo V della parte seconda del Protocollo, intitolato «Disposizioni relative al transito di persone per via terrestre tra la regione di Kaliningrad⁷⁵ ed altre parti della Federazione Russa»⁷⁶. In particolare, l'art. 57 precisa che «(...) il regolamento (Ce)

⁷³ Riguardo la "questione cipriota" cfr. A. LANG, *Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: primo semestre 2004*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004 – III, p. 1151-1152.

⁷⁴ Per quanto concerne la definizione di *acquis* comunitario v. C. CURTI GIALDINO, *Acquis communautaire*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 643-668.

⁷⁵ Sulla "questione di Kaliningrad" è interessante richiamare la tesi di Enrica Rigo che sottolinea la diversa posizione *esistente* fra Regno Unito, Irlanda, Danimarca e i nuovi Stati membri relativamente all'*acquis* di Schengen. In particolare, l'Autrice afferma che: «Durante i negoziati per l'allargamento, il governo russo ha insistito per un'applicazione flessibile dell'*acquis* da parte di Polonia e Lituania o, almeno, per la previsione di deroghe per gli abitanti di Kaliningrad. Tali proposte, tuttavia, non sono state accettate perché, al fine dell'entrata dei paesi candidati nell'EU, il recepimento dell'*acquis* Schengen è un obbligo non sottoponibile a condizioni. Questa situazione mette ancor più in evidenza la posizione ineguale che hanno avuto i paesi candidati nei negoziati di accessione. L'Europa del terzo pilastro, infatti, ovvero delle materie inerenti giustizia e affari interni, è un'Europa a c.d. geometria variabile, dove gli stessi paesi membri godono di posizioni differenti, dal momento che Regno Unito, Danimarca e Irlanda non sono vincolate all'*acquis* di Schengen» cfr. E. RIGO, *Problemi posti dal recepimento dell'acquis communautaire in materia di immigrazione, asilo e soggiorno nei paesi candidati all'ingresso nella UE*, relazione presentata al seminario di ricerca organizzato dal Centro Interdipartimentale di Ricerca sui Diritti Umani – Università Ca' Foscari sul tema *I diritti umani come sfida allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Venezia, 23 gennaio 2004, p. 4, reperibile in: <http://venus.unive.it/cde/040123RigoVE.pdf>; vedi anche cfr. E. RIGO, *Implications of EU Enlargement for Border Management and Citizenship in Europe*, EUI working paper RSCAS n. 2005/21, Firenze, disponibile in: http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/05_21.pdf.

⁷⁶ Appare utile riportare quanto previsto nella dichiarazione n. 36 relativa al transito di persone per via terrestre tra la regione di Kaliningrad ed altre parti della Federazione Russa: «(...) Considerando la particolare situazione della regione di Kaliningrad della Federazione russa nel contesto dell'allargamento dell'Unione; Riconoscendo gli obblighi e gli impegni della Lituania rispetto all'*acquis* relativo alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia; Rilevando, in particolare, che la Lituania deve applicare e attuare pienamente l'*acquis* dell'Unione concernente l'elenco dei paesi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e dei paesi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, nonché l'*acquis* dell'Unione relativo al modello uniforme per i visti, al più tardi a decorrere dall'adesione; Riconoscendo che il transito di persone per via terrestre tra la regione di Kaliningrad ed altre parti della Federazione russa attraverso il territorio dell'Unione è una questione concernente l'intera Unione e dovrebbe essere trattata in quanto tale e non deve comportare conseguenze negative per la Lituania; Considerando la decisione che sarà adottata dal Consiglio per eliminare i controlli alle frontiere interne una volta verificato che sono state soddisfatte le condizioni necessarie a tal fine; Determinata ad assistere la Lituania nel soddisfare le condizioni per la piena partecipazione allo spazio Schengen senza frontiere interne quanto prima.

Sottolinea che alcune disposizioni specifiche a tal fine sono state riprese nella parte seconda, titolo V del protocollo relativo al trattato e atto di adesione (...)» cfr. *Dichiarazione n. 36 relativa al transito di persone per via terrestre tra la regione di Kaliningrad ed altre parti della Federazione russa*, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 468. Riguardo la particolare situazione del transito "da e verso" Kaliningrad cfr. A. LANG, *Quali conseguenze sulla libera circolazione delle persone*, cit. *supra*, nota 52, p. 467-469.

n. 693/2003 del Consiglio del 14 aprile 2003 che istituisce un documento di transito agevolato (FTD) e un documento di transito ferroviario agevolato (FRTD)⁷⁷ e modifica l'istruzione consolare comune e il manuale comune, in sé non ritardano né impediscono la piena partecipazione della Lituania all'acquis di Schengen, inclusa l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne»⁷⁸.

Concludendo, l'ultima disposizione su cui ci soffermiamo, l'art. 73, richiama la parte terza del Protocollo in esame. La norma citata, dispone che gli allegati I e da III a XVII, le connesse appendici, gli allegati (dei protocolli) II, III, VIII dell'atto di adesione dei nuovi Stati membri, sono «(...) parte integrante del presente protocollo».

3.2.3 Il Protocollo di Schengen

Il Protocollo n. 17⁷⁹, che riguarda l'acquis di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, prevede la possibilità per ventitré Stati⁸⁰ di instaurare tra loro una cooperazione rafforzata⁸¹ nelle materie attinenti le disposizioni che costituiscono l'acquis, secondo le norme previste dal Trattato-Costituzione (art. 1). L'art. 2 specifica che «l'acquis di Schengen si applica agli Stati membri di cui all'art. 1 fatte salve le disposizioni dell'art. 3 del protocollo relativo al Trattato e atto 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».

⁷⁷ È bene precisare che il documento di transito agevolato (FTD) consente una «pluralità d'ingressi effettuati con qualsiasi mezzo di trasporto terrestre», mentre il documento di transito ferroviario agevolato (FRTD) prevede «un unico viaggio di andata e ritorno per ferrovia» (art. 2, par. 1 e 2) cfr. regolamento (Ce) n. 693/2003 del Consiglio del 14 aprile 2003 che istituisce un documento di transito agevolato (FTD) e un documento di transito ferroviario agevolato (FRTD) e modifica l'istruzione consolare comune e il manuale comune, in *Gu-Ue* n. L 99 del 17 aprile 2003, p. 9.

⁷⁸ Il regolamento (Ce) n. 693/2003 afferma che per «(...) transito agevolato s'intende il transito specifico e diretto per via terrestre di un cittadino di un paese terzo che deve necessariamente attraversare il territorio di uno o più Stati membri, per viaggiare tra due zone del proprio paese che geograficamente non sono contigue» (art. 1, par. 2) cfr. regolamento (Ce) n. 693/2003 del Consiglio del 14 aprile 2003, in *Gu-Ue* n. L 99 del 17 aprile 2003, p. 9. Su questo punto cfr. A. LANG, *Quali conseguenze sulla libera circolazione delle persone*, loc. cit., p. 467-469.

⁷⁹ Cfr. Protocollo sull'acquis di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 348 ss.

⁸⁰ Il Belgio, la Repubblica Ceca, la Danimarca, la Germania, l'Estonia, la Grecia, la Spagna, la Francia, l'Italia, Cipro, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, l'Ungheria, Malta, i Paesi Bassi, l'Austria, la Polonia, il Portogallo, la Slovenia, la Slovacchia, la Finlandia e la Svezia.

⁸¹ Riguardo l'istituto della cooperazione rafforzata v. G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in AA. VV., *Il Trattato di Amsterdam*, cit. supra, nota 23, p. 61-75; L. S. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, cit. supra, nota 46, p. 41-55.

In merito allo sviluppo dell'*acquis*, la posizione della Danimarca è regolata dalle disposizioni del Protocollo ad esso relativo (art. 3), mentre per quanto riguarda la posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, il «Protocollo di Schengen» prevede che i citati Paesi possono «chiedere» di parteciparvi (in tutto o in parte) (art. 4)⁸². Per quanto attiene all'Islanda e alla Norvegia, l'art. 6 prevede che «sono associati all'attuazione dell'*acquis* di Schengen e al suo ulteriore sviluppo»⁸³.

Infine, il Protocollo stabilisce all'art. 7 che l'adesione di nuovi Paesi all'Unione europea non può prescindere dall'accettazione integrale dell'*acquis* di Schengen e delle misure ad esso relative adottate dalle istituzioni.

3.2.4 I Protocolli sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, della Danimarca

Il Protocollo n. 19⁸⁴ statuisce all'art. 1, che «il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione» (in seno al Consiglio) delle misure che riguardano la Parte III («Le politiche e il funzionamento dell'Unione»), Titolo III («Politiche e azioni interne»), Capo IV («Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»), con riferimento (anche) alla Sezione II (deputata alle «politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione»).

L'art. 2 aggiunge che le disposizioni e le misure adottate a norma della parte III, titolo III, capo IV, sezione II, non sono vincolanti «nel Regno Unito o in Irlanda». Tuttavia tali Stati possono, non solo partecipare «all'adozione e applicazione di una delle misure proposte» nei suddetti settori, mediante notifica per iscritto al Consiglio entro il termine di tre mesi dalla presentazione della proposta (art. 3, par. 1), ma anche manifestare la semplice intenzione di accettare una misura (dopo la sua adozione), secondo la procedura prevista all'art. III-420 par. 1 del Trattato-Costituzione⁸⁵ (art. 4).

⁸² Appare utile, ancora una volta, ricordare che l'art. IV-438 («Successione e continuità giuridica») par. 3, statuisce che: «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 (...), sono anch'essi mantenuti finché non saranno stati soppressi o modificati».

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cfr. Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto alle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione e rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile e alla cooperazione di polizia, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 353 ss.

⁸⁵ L'art. III-420, par. 1, statuisce: «Ogni Stato membro che desideri partecipare a una cooperazione rafforzata in corso in uno dei settori di cui all'art. III-419, par. 1, notifica tale intenzione al Consiglio e alla Commissione.

La Commissione, entro un termine di quattro mesi dalla data di ricezione della notifica, con-

Concludendo questa breve analisi della posizione del Regno Unito e dell'Irlanda è significativo ricordare che soltanto l'Irlanda «può notificare per iscritto» di non voler «più essere vincolata dai termini del protocollo» (art. 8).

Quanto alla posizione della Danimarca, il Protocollo n. 20⁸⁶ all'art. 1, della parte I, specifica che il suddetto Paese «non partecipa all'adozione» (in seno al Consiglio) delle misure che riguardano la «parte III, titolo III, capo IV» del Trattato-Costituzione.

L'art. 2, della parte I, afferma che le disposizioni o misure relative alla parte III, titolo III, capo IV del Trattato costituzionale, non sono vincolanti per la Danimarca. Tuttavia, l'art. 7, parte III, precisa che la disciplina prevista agli artt. 1 e 2, parte I, non si applica riguardo: «misure che determinano quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri», «misure relative all'instaurazione di un modello uniforme per i visti».

Per quanto riguarda l'adozione «di una misura volta a sviluppare l'acquis di Schengen» lo Stato suddetto può decidere, entro sei mesi, se recepirla «nel proprio diritto interno» (art. 4, par. 1, parte I). Qualora decida, in questo senso, nascerà un obbligo «a norma del diritto internazionale» tra la Danimarca e gli altri Stati membri (art. 4, par. 1, parte I).

Continuando nell'esame il Protocollo stabilisce all'art. 4, par. 2, parte I, che lo Stato suddetto «mantiene i diritti e obblighi esistenti prima dell'entrata in vigore del trattato» in merito all'*acquis* di Schengen.

Infine, ricordiamo che l'art. 8 della parte IV prevede una facoltà. La Danimarca può decidere in qualsiasi momento di non avvalersi più del Protocollo in questione, ma per esercitare questa facoltà è necessario «informare» gli altri Stati membri.

3.3 Conclusioni

Sono trascorsi molti anni da quando la materia immigrazione era oggetto di cooperazione intergovernativa. Oggi, con la "*comunitarizzazione*" realizzata dal Trattato di Amsterdam la politica in materia di immigrazione risulta, nonostante la posizione "*particolare*" di alcuni Stati, di competenza comunitaria.

ferma la partecipazione dello Stato membro in questione. Essa constata, se del caso, che le condizioni di partecipazione sono soddisfatte e adotta le misure transitorie necessarie per l'applicazione degli atti già adottati nel quadro della cooperazione rafforzata.

Tuttavia, se la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, indica le disposizioni da adottare per soddisfarle e fissa un termine per il riesame della richiesta. Alla scadenza di tale termine, essa riesamina la richiesta in conformità della procedura di cui al secondo comma. Se la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione continuino a non essere soddisfatte, lo Stato membro in questione può sottoporre la questione al Consiglio, che si pronuncia sulla richiesta. Il Consiglio delibera conformemente all'art. I-44, par. 3. Può inoltre adottare, su proposta della Commissione, le misure transitorie di cui al secondo comma».

⁸⁶ Cfr. Protocollo sulla posizione della Danimarca, in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 356 ss.

Il nuovo quadro delineato dal Trattato-Costituzione costituirebbe un ulteriore sviluppo della disciplina della materia. Tuttavia, l'incertezza riguardo l'entrata in vigore del Trattato costituzionale rappresenta, al momento, un limite allo sviluppo di questa significativa *espressione* del processo di integrazione europea.

Giuseppe Licastro

RECENSIONI

Francesco Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 7-241, € 19,00

Doveva prima o poi anche per i commercialisti italiani, da sempre sensibili all'autonomia normativa e disciplinare del diritto commerciale, avvenire un serrato confronto rispetto al c.d. "globale". Di fronte all'approccio dei pubblicisti e dei costituzionalisti, il volume qui recensito si segnala subito per il salutare rifiuto di ogni prospettiva legata all'idea del diritto unico o del c.d. *one law*, caratteristica centrale ed essenziale dell'attuale epoca giuridica. Rispetto al parallelo approccio dei gius-privatisti così "frastornati" dal superamento dei codici e dei diritti nazionali, mescolati l'uno con l'altro o, addirittura in conflitto tra loro, l'opera qui recensita si distingue ugualmente per la esemplare presa di distanza rispetto alla consueta "litania" in favore della *lex mercatoria*. L'Autore, pertanto, da sempre studioso della storia del diritto commerciale come ordinamento per sua origine a-statuale, si colloca nell'ottica del contratto e dell'impresa, intesi come strumenti facilmente maneggevoli per realizzare la convenienza delle parti contraenti e dei soggetti economici secondo la loro personale aspettativa di vantaggio c.d. *proper law*.

Nel volume si osserva come in una società globalizzata lo stretto rapporto che intercorre tra lo spazio e il tempo in tutte le sue manifestazioni giuridiche ed economiche – e che contraddistingue il ventunesimo secolo rispetto ad altri periodi storici – pone sicuramente interrogativi e riflessioni concernenti la regolamentazione dei rapporti giuridici commerciali, inquadrati in una prospettiva ben più ampia, rispetto ai confini territoriali di un singolo diritto statale. Gli stessi modelli giuridici di *common law* e *civil law* non si esauriscono più in una netta contrapposizione di sistemi, ma vengono attratti in un unico

modello giuridico globale (*global law*), superando l'organizzazione giuridica, in passato nettamente contrapposta, fra paesi del Vecchio e Nuovo continente. Un nuovo scenario viene rappresentato in cui la stessa sovranità statale non è in grado di imporsi con le sue fonti di produzione normativa per tutelare interessi giuridici a vocazione transnazionale riconducibili ad un "villaggio globale". Emerge, pertanto, in tale scenario l'interesse volto alla ricerca del diritto regolatore che certamente non può esaurirsi nella legge statale, ma va ricondotto alle stesse forze del mercato e alla capacità dello stesso di autodisciplinarsi e di autoregolarsi. In tale contesto si colloca l'opera qui recensita che si compone di sette capitoli corredati da una preziosa bibliografia italiana e straniera che permette di ben focalizzare le prospettive di analisi del rapporto globalizzazione e diritto assumendo la *lex mercatoria* quale fonte regolatrice. Una forte spinta verso la globalizzazione dei mercati viene ricondotta dall'A. al periodo post-industriale (p. 13-42) ed è in questo contesto che mutano e maturano interessi commerciali a dna globale, rivoluzionando le modalità di rapporto spazio-tempo, basti pensare all'avvento e all'utilizzo delle tecnologie informatiche, ai mutamenti dell'organizzazione giuridica dell'impresa. Le funzioni di direzione strategica e finanziaria si separano dalle funzioni operative per formare oggetto di apposite società *holding*; si passa, così, da un gestione mono-societaria all'impresa di gruppo e quindi alle multinazionali con sedi in diversi Paesi dei vari continenti. Nell'era dell'economia industriale, la produzione si presentava sempre nazionale, nell'economia che si dice globale non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali, circolano prima ancora delle merci, il *know how*, le licenze di produzione e i contratti di collaborazione produttiva fra Paesi lontani. Ancora, e non di minore importanza, si presenta rivoluzionario il rapporto con la ricchezza, per certi versi non più ancorata alla proprietà fondiaria ma a contratti finanziari espressione della *new economy*. Il contratto diventa lo strumento principe di trasmissione della ricchezza, prende il posto della legge, (p. 93-114), sia nel diritto privato dove assolve la funzione di introdurre, quali contratti atipici, uniformi per tutto il mercato globale, le figure contrattuali cui l'evoluzione dell'economia incessantemente dà vita, sia nel diritto pubblico, dove si assiste alla sostituzione della società per azioni alla pubblica amministrazione e del contratto alla legge o al regolamento amministrativo quali soggetti e quali strumenti atti al perseguimento di interessi collettivi. Il monopolio del diritto statale della produzione del diritto cede, così, il posto ad un diverso sistema che ammette, al di là della legge, altre fonti non statuali del diritto, e fonti di un diritto doppiamente globale, per il suo ambito di applicazione, essendo destinato a trovare applicazione oltre ogni confine statale, e per il suo modo di produzione, essendo suscettibile di formarsi nei più diversi punti del pianeta. L'"impotenza" della legge statale di regolare il mercato come così configurato, viene dall'A. dimostrato in un apposito paragrafo «la babele dei diritti nazionali» (p. 49-

52), ove all'interno degli stessi sistemi di *common law* e *civil law* emergono differenze giuridiche sugli stessi istituti giuridici e quindi sugli effetti derivanti dall'adozione di un modello o di un altro. La risposta del mercato a questa "limitata" ricerca di tutela ha comportato un fenomeno definito dall'A. «*shopping*» del diritto (p. 77-90), che emerge soprattutto dalla pratica degli arbitrati internazionali, ove le parti adottano, con la clausola compromissoria, il diritto di uno Stato terzo, che non ha alcun punto di contatto con la legge nazionale delle parti stesse. La prassi conosce differenti manifestazioni del fenomeno che può comportare l'applicazione di diversi diritti statali per la stessa fattispecie distinguendo così il profilo sostanziale da quello processuale, e ancora, lo stesso art. 17 del regolamento dell'AIA (associazione italiana per l'arbitrato) prevede l'ipotesi che l'arbitro applica le regole di diritto che ritiene appropriate, qualora le parti non abbiano pattuito il diritto applicabile. In tale contesto di regolamentazione dei traffici e delle operazioni commerciali in senso lato, emerge il valore della *lex mercatoria* che assurge a fonte di regolamentazione spontanea idonea a produrre un diritto uniforme. Il diverso contesto storico dell'età intermedia rispetto all'attuale fase, caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in vari Stati, permette all'A. di distinguere un'"antica" *lex mercatoria* da una "nuova" *lex mercatoria* (p. 43-72). La prima, precedente all'avvento degli Stati sovrani, si caratterizzava nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora, non più congeniale alle esigenze dei traffici, ricercando negli statuti delle corporazioni mercantili, nelle consuetudini e nella giurisprudenza delle *curiae mercatorum* la fonte di regolamentazione. La seconda, invece, si colloca in una fase post-statale, in cui consolidate si presentano le codificazioni a tal punto da rendersi confrontabili e non conformabili alle esigenze del mercato. Gli usi derivanti dal commercio internazionale, le pratiche contrattuali, le *regulae iuris* scaturenti dalla giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali, si collocano quale fonte di diritto oggettivo, non statutale, della *societas mercatorum*, espressione di un ordinamento sovranazionale. Ci si rende conto subito, pertanto, della circostanza che un'indagine del genere non possa muoversi, soltanto, all'interno dei confini statali nel ricercare un risposta normativa adeguata, ma vada anche collocata in una sfera più ampia ossia quella delle aree economico-giuridiche integrate, nelle quali l'adozione di modelli di organizzazioni sovranazionali può dar vita ad un diritto uniforme. Un'apertura può certamente individuarsi, come lo stesso A., sia pur scetticamente ritiene (p. 90), almeno per l'area europea, nelle finalità dei regolamenti e delle direttive di armonizzazione, volte a produrre diritto comune (*ius commune gentium*). Nel raffronto, però, con il continente americano (p. 197-213) permangono differenze strutturali di matrice economica, e di retaggio politico statutale che permettono di individuare soltanto nella *lex mercatoria* uno *ius totius orbis*. Opere del genere rappresentano senz'altro un prezioso punto di riferimento del rapporto Stato-

mercato, ma allo stesso tempo offrono utili spunti riflessivi se si muove l'indagine da una diversa prospettiva, non più statale, ma sovranazionale, concernente il confronto tra organizzazioni rappresentanti aree economiche diverse, così da ridurre i limiti di confronto di uno spazio globale. In sede di valutazione finale non può che esprimersi un giudizio altamente positivo dell'opera che si segnala come preziosa per l'accorta e meticolosa ricostruzione delle direzioni di indagine, come per la chiara e fondata ricerca delle soluzioni evidenziate. Ad esito della lettura del volume ne emerge, pertanto, il senso di una esemplare serenità giuridica. Aliena dalla presentazione di modelli pubblicitici di nuova democrazia mondiale e da modelli privatistici di nuova *lex mercatoria*, tutto è stato ridotto a dimensioni più semplici. La *lex contractus* e la *lex voluntatis* sono divenute l'"ancora di salvezza" degli operatori giuridici di fronte alla nuova tipologia di conflitti di leggi e di loro soluzioni offerte nel mondo globalizzato.

Francesco Buonomenna

Alessandra Gianelli, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. XVI-300, € 32,00

In un ordinamento senz'altro autonomo, ma anche composito come quello dell'Unione europea si è venuto da tempo formando un interessante filone dottrinale-giurisprudenziale, dedicato allo studio dei rapporti euro-internazionali all'incrocio con l'ordinamento giuridico internazionale composto da fonti pattizie e consuetudinarie nonché da principi più o meno generalmente riconosciuti. In quest'ambito ben si inserisce l'opera qui recensita che consente un'efficace riflessione sulle geometrie di articolazione della Comunità internazionale sempre più spesso chiamata a fare i conti con modelli di integrazione, cooperazione e concertazione alquanto complessi. Sono proprio questi ultimi a rivendicare una propria autonomia ordinamentale posta a presidio dei valori e degli obiettivi di ciascun ente internazionale organizzato non disposto a lasciarsi assorbire ed incorporare, se non per *standard* molto generali, all'interno della comunità degli Stati.

Tale cornice descrittiva consente di cogliere a pieno l'impostazione seguita dall'A. nella presente opera. Le tematiche generali sulla soggettività internazionale si sono, infatti, trovate, già da tempo, a comprendere e ricomprendere "formazioni" normative che, pur presentando caratteristiche specifiche come quella dell'Unione europea, non possono prescindere da una loro collocazione nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario. In questo senso, l'opera qui recensita ha il merito di porsi lungo il filone di studi relativo all'inquadramento normativo dell'Unione europea sotto il triplice aspetto

della sua soggettività internazionale, dei conseguenti rapporti di autonomia-integrazione, nonché di deroga tra fonti normative comunitarie e internazionali.

L'A. suddivide i piani di ricerca secondo un metodo bifocale di indagine, sia casistico-giurisprudenziale, sia normativo-sistematico, ritenendoli convergenti ai fini della definizione del diritto consuetudinario applicabile dalla ed all'Unione europea (diritto euro-consuetudinario internazionale). Tale doppio metodo spinge l'intera struttura dell'opera suddivisa in tre ampi capitoli, rispettivamente dedicati: il primo (p. 14-129) all'Unione europea ed alla titolarità di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto internazionale generale, il secondo (p. 131-199) al diritto internazionale generale e alle fonti comunitarie ed il terzo (p. 201-253) ai Trattati istitutivi e al diritto internazionale generale.

Nell'ambito del quadro esplicativo dell'indagine condotta (Introduzione, p. 1-11), l'A. rileva la complessità dei piani su cui si sviluppa il processo comunitario delimitando la sua analisi ad una prospettiva euro-internazionale di rapporti tra sistemi giuridici. Più specificamente, affronta (Capitolo I, p. 14-86) le problematiche sottese all'individuazione di una personalità della Comunità/Unione europea, in quanto giudicata presupposto per l'applicazione di norme internazionali generali da parte delle Istituzioni comunitarie. Ad avviso dell'A., tuttavia, non si può escludere che si tratti di una personalità «imperfetta» coesistente con ipotesi di inquadramento delle Istituzioni comunitarie nell'organizzazione degli Stati membri. Accertata la destinatarietà di norme consuetudinarie per l'Unione europea (p. 87-108) e la sua partecipazione alla formazione ed attuazione delle stesse (p. 109-129), si sofferma, in seguito (Capitolo II, p. 131-198), sulla produzione di effetti delle norme internazionali nel sistema comunitario, prospettando le differenti soluzioni legate ad una visione monistica o dualistica nei rapporti tra i relativi ordinamenti. In particolare, l'A. conduce l'indagine analizzando diverse pronunce della Corte di giustizia che hanno equiparato gli accordi internazionali ad atti delle istituzioni (sentenza *Haegeman*, 1974), nonché attraverso le conclusioni di alcuni Avvocati Generali tendenti ad affermare, ora la primazia del diritto internazionale sul diritto comunitario (monismo), ora la considerazione dell'atto dell'Istituzione (conclusivo dell'accordo internazionale) come atto di adattamento del sistema comunitario (dualismo). Segue, altresì, la disamina delle principali impostazioni dottrinali che evidenziano, ulteriormente, le difficoltà di un'impostazione decisamente monista o dualista.

Infine, riconducendo i Trattati istitutivi nell'alveo del diritto internazionale si occupa (Capitolo III, p. 201-250) del problema della derogabilità del diritto internazionale generale ad opera del diritto comunitario, distinguendo tra versante «esterno» e versante «interno», tra relazioni esterne dell'Unione europea, in cui il diritto internazionale consuetudinario è visto come limite all'attività di Istituzioni e Stati membri verso soggetti terzi, e relazioni «intracomunitarie», in cui risulta difficile l'applicabilità sulla base della particolare

natura del diritto comunitario più vicino ad un diritto statale. Diversa appare l'ipotesi della deroga al diritto internazionale generale ad opera dei Trattati istitutivi e loro modifiche ammissibile secondo l'interazione classica tra trattati e consuetudine (v. ad esempio *inadimplenti non est adimplendum*) e la deroga ad opera di atti delle Istituzioni (Consiglio) riconducibili ad accordi internazionali (e non viceversa nell'ipotesi di atti non riconducibili ad accordi). Resta fermo che il mancato rispetto di norme internazionalmente cogenti non è qualificabile come deroga, bensì come violazione. In sostanza, la deroga avviene e può avvenire sul piano del diritto internazionale. I Trattati istitutivi sono accordi internazionali, così come le loro modifiche sono frutto di accordo, ex art. 48 TUE.

Valutata la coerenza interna delle varie tematiche prescelte (soggettività, fonti, loro correlazione), resta il fatto che una visione dualistica può condurre a definire il perimetro dell'Unione, soggettivo ed oggettivo, mediante una rifondazione dei relativi rapporti, sia in termini di coordinamento reciproco, sia di prevalenza vera propria del sistema unionistico rispetto al sistema internazionale generale. In tale senso, il diritto dell'Unione europea può arrivare ad affermare una sua *primauté*, non solo rispetto al diritto interno di ciascuno Stato, ma anche rispetto all'intera Comunità internazionale. È proprio quest'ultima prospettiva la più interessante e seducente per la salvaguardia di un'idea europea della democrazia internazionale capace di imporsi nelle relazioni esterne dell'Unione. Nella stessa linea di difesa intransigente di valori propri e peculiari, la categoria dei principi generali dello *ius publicum* europeo connota uno statuto dei diritti fondamentali ed alimenta non solo le tradizioni europee, quanto anche la più generale categoria dei suoi principi costituzionali comuni. A tal proposito, si potrebbe ipotizzare una prospettiva maggiormente diretta a dare uno spazio autonomo ai principi generali del diritto dell'Unione europea.

In sede di valutazione complessiva della presente opera si segnala il grande pregio di aver disegnato un sistema bipolare euro-internazionale ed unionistico-comunitario. Un bipolarismo siffatto consente di sopravanzare le vecchie prospettive di un diritto originariamente comunitario a prevalenza istituzionale e a forte impronta sulla vita interindividuale dei privati. Nondimeno, una *reductio ad unitatem* delle due dimensioni euro-internazionale ed unionistico-comunitario consentirebbe una visione costituzionale localizzata intorno ad un interesse generale proprio del gruppo degli Stati fondatori ed operatori del sistema dotato di obiettivi e valori propri, suscettibile di stanziarsi e differenziarsi rispetto ad altre aree politico-economiche ugualmente integrate ed antagonistiche rispetto a quelle europee. Nel quadro di tali osservazioni, resta confermato il valore dell'opera qui recensita che si colloca validamente nella letteratura specializzata rivelando la propria utilità per ogni altra ricerca del genere e per la consultazione degli operatori del settore in ciascuna delle problematiche che essa affronta.

Teresa Russo

Heinz Kleger (HG.), *Der Konvent als Labor. Texte und Dokumente zum europäischen Verfassungsprozess*, Lit Verlag, Münster, 2004, pp. 864, € 34,90

Klemens H. Fischer, *Der Europäische Verfassungsvertrag, Texte und Kommentar*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2005, pp. 1-604, € 81,20

Rudolf Streinz - Christoph Ohler - Christoph Herrmann, *Die neue Verfassung für Europa. Einführung mit Synopse*, München, C. H. Beck, 2005, pp. XVII-337, € 24,00

Malgrado le ancora incerte prospettive delle procedure di ratifica del Trattato costituzionale di Roma del 29 ottobre 2004, alcuni primi passi vengono compiuti nella letteratura politologica ed euro-internazionalistica a sottolineare la progressiva maturazione scientifica da parte di una riflessione sempre più impegnata. I tre volumi qui recensiti, pubblicati nel biennio cruciale 2004-2005, riguardano rispettivamente i tre momenti chiave della Convenzione 2002-2004, della Conferenza Intergovernativa 2003-2004 ed infine del testo ormai elaborato nella forma del Trattato costituzionale. Trattasi, quindi, di un panorama completo all'interno del quale si è venuta a definire la Costituzione documentaria e concettuale dell'Unione europea come punto essenziale di transizione verso una nuova fase comunque ineludibile del processo di integrazione europea. Certamente la straordinaria complessità del lavoro svolto può aver provocato difficoltà di comunicazione o, addirittura, irritazione in ambienti di opinioni pubbliche anche qualificate. Nella situazione venutasi a determinare, un prolungato periodo transitorio di *referendum* e di ratifiche parlamentari servirà ad evidenziare un complessivo tempo tecnico di asuefazione e adeguamento, nonché ad apportare i necessari correttivi in corso d'opera mediante le opportune operazioni di carattere politico-diplomatico. Senza indulgere ad operazioni di revisione politico-istituzionale, il triennio di transizione serve ad avviare una più matura e consolidata riflessione scientifica ed una più piena consapevolezza del contesto teorico-normativo così venutosi a delineare.

Il primo volume qui recensito si preoccupa di definire l'Unione europea come "idea" o contesto di idee venute fuori dai lavori della Convenzione, esposti mediante l'analisi dei progetti, delle discussioni e delle posizioni emerse. L'opera di un precipuo carattere politologico appare di grande interesse per la formazione dell'opinione pubblica generale anche dopo l'esito dei *referendum* negativi del primo semestre 2005 (Frankfurter, *Allgemeine Zeitung*, 5 settembre 2005, p. 10). Collegata a tale tematica è quella concernente la Conferenza internazionale nel testo commentato da un diplomatico austriaco della rappresentanza presso l'Unione europea a Bruxelles che si occupa del triennio 2003-2004 dalla Conferenza intergovernativa di Salonicco a quella di Roma, passando per le tre fasi del semestre di presidenza. Opportunamente l'opera è corredata da un contenuto di 270 documenti per circa 2700 pagine. Compare,

altresì, una breve letteratura prevalentemente non giuridica (p. 585 ss.) ed uno schema delle ratifiche nazionali con le relative prospettive referendarie. Paradossalmente nella casella riservata all'Italia non è risultato citato (p. 589) il *referendum* consultivo tenuto in occasione della l. cost. 3 aprile 1989, n. 2 riguardante gli sviluppi dell'integrazione europea a seguito dell'Atto Unico contenuto nel Trattato di Lussemburgo-L'Aia (1986).

Delle tre opere indicate, quella di maggiore profilo giuridico è chiaramente la terza dovuta al titolare e ad alcuni collaboratori della cattedra di diritto pubblico ed europeo dell'Università di Monaco di Baviera, in quanto ben articolata in un'ampia introduzione monografica (p. 1-115) ed in un testo sinottico di confronto tra il Trattato costituzionale (EVV), il Trattato comunitario (EGV), il Trattato unionistico (EUV) e la Carta dei diritti fondamentali in quanto incorporata nella Parte seconda (p. 117 ss.). Segue il classico indice delle concordanze numeriche tra i testi indicati (p. 333 ss.). L'introduzione appare particolarmente utile al lettore italiano allo scopo di prendere confidenza con il nuovo linguaggio giuridico di lingua tedesca concernente i concetti di base del lessico costituzionale europeo, enucleato dalle quattro parti in cui si suddivide il testo del nuovo Trattato di Roma. La ricca introduzione in oggetto si articola infatti, in sei parti suddivise in ben 20 capitoli, le quali lungi dal costituire una pedissequa analisi testuale, ne rappresentano, viceversa, il fondamento concettuale (Parte I e II), nonché le partizioni ordinamentali a cominciare dalla parte III (p. 61 ss.) anche con riferimento alle relazioni esterne ed allo spazio di sicurezza e giustizia (p. 61-116).

Sui fondamenti del sistema euro-unionistico particolarmente rilevante appare lo sviluppo della categoria legata allo Stato costituzionale contemporaneo come soggetto ad identità integrativa o integrazionista rispettivamente fondato sul doppio livello costituzionale, nazionale e comunitario, o altrimenti detto, sull'unità diversificata o sulla diversificazione unitaria del processo costituzionale (p. 8 ss.). Nello sviluppo di tali idee, gli Autori esaminano la crescita del modello costituzionale attraverso il processo del c.d. «dopo Nizza» maturato nel triennio 2002-2004, grazie all'opera predetta della Convenzione-Conferenza intergovernativa. Del nuovo progetto, gli Autori esaminano gli aspetti della soggettività interna ed esterna e dell'organizzazione costituzionale anche con riferimento al ruolo dei Parlamenti nazionali ed alla posizione del *Bundesrat* come camera federale. Da segnalare il capitolo dedicato al c.d. *Wertordnung*, inteso come ordinamento *ad valorem* dal Preambolo alle finalità, alla clausola di solidarietà ed alle forme di vita democratica dell'Unione. Da segnalare anche l'incisivo capitolo (p. 69 ss.) sul tritico delle competenze esclusive (*Ausschließliche*), concorrenti (*Geteilte*) e di complemento (*Unterstützende*). La parte generale è completata dall'esame del sistema di protezione giuridica all'interno del quale trovano collocazione i diritti fondamentali contemplati dalla Carta come "assunta" o "recepita" nel Trattato

(*Übernahme der Charta*, p. 78).

Complessivamente trattasi di un'opera che avvia la letteratura giuridica tedesca sulla strada del nuovo euro-costituzionalismo mediante una valutazione del patrimonio nozionistico-concettuale desumibile dalle formulazioni scritte e dai concorrenti atti preparatori e preesistenti risultanti dalla elaborazione scientifica sul diritto euro-comunitario.

Massimo Panebianco

Bruno Scarpa, *Gli integratori alimentari oggi*, Roma, Di Renzo Editore, 2006, pp. 168, € 40,00

Negli ultimi decenni sono aumentate in maniera rilevante la produzione e la commercializzazione degli integratori alimentari. Al fine di garantire un'adeguata tutela della salute dei consumatori, sia il legislatore nazionale sia il legislatore europeo hanno provveduto da tempo a regolamentare tali prodotti.

Il volume qui recensito costituisce un valido strumento di aggiornamento che illustra l'evoluzione tecnico-normativa del settore degli integratori alimentari fino all'attuale regolamentazione europea. Si tratta di un lavoro che inquadra la materia nel contesto legislativo, soprattutto comunitario, nel quale rientra la direttiva n. 2002/46/Ce che disciplina attualmente la materia medesima all'interno dell'Unione europea.

Il lavoro tratta anche il delicato aspetto della distinzione tra integratori alimentari e medicinali, confrontando la disciplina degli integratori con la legislazione farmaceutica e proponendo criteri di demarcazione. Negli allegati del volume sono riportati i testi delle principali normative in materia di integratori alimentari.

Questo lavoro costituisce pertanto un utile supporto per tutti coloro che, operando nei più diversi settori del diritto e dell'economia, sentono la necessità di tenersi aggiornati sull'evoluzione e sull'applicazione della legislazione alimentare con particolare riguardo alla materia degli integratori alimentari.

Barbara Klaus

Libri ricevuti nell'anno 2005

(con riserva di recensione)

AA. VV., *Europa quotidiana*, Pordenone, Edizioni Concordia Sette, 2004

AA.VV. (a cura di), *Ambiente e impresa - Atti del Convegno nazionale di Gubbio 22 - 23 novembre 2002*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004

ALEXANDER J. - BELLONI M. P. - LUI F. - SATRIANO G., *La disciplina comunitaria sulla sicurezza alimentare, sugli OGM e sul prodotto biologico*, Roma, Aracne, 2005

BASTIANON S., *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2005

BERGAMINI E., *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005

CAMPEIS G. - DE PAULI A., *La disciplina europea del processo civile italiano*, Padova, Cedam, 2005

CLERICI A., *La qualità nell'industria alimentare*, Alessandria, Editrice Taro, 2005

CLERICI A. - RUBINO V., *La nuova disciplina comunitaria sull'igiene delle produzioni alimentari*, Alessandria, Editrice Taro, 2005

COLUCCI M. - SICA S. (a cura di), *L'Unione Europea. Principi - Istituzioni - Politiche - Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 2005

CORRERA C., *La nuova disciplina per i prodotti DOP e IGP*, Roma, EPC LIBRI, 2005

CURTI GIALDINO C., *La Costituzione europea*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2005

- CURTI GIALDINO C., *I Simboli dell'Unione europea*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2005
- DONGO D., *Sicurezza alimentare e rintracciabilità - Manuale operativo*, supplemento della Rivista *Agricole - Il Sole 24 Ore*, 2005
- DREW J. (edited by), *Redefining Europe*, Amsterdam - New York, NY, Rodopi, 2005
- FONDAZIONE EUROPEA DRAGAN (a cura di BOSCO G. - PERFETTI F. - RAVASI G.), *L'Unione europea tra processo di integrazione e di allargamento*, Milano, Edizioni Nagard, 2004
- FONDAZIONE EUROPEA DRAGAN (a cura di RAVASI G. - SAPORETTI C.), *Le leggi dell'antica Europa*, Milano, Edizioni Nagard, 2005
- GOZI S., *La Commissione europea*, Bologna, Il Mulino, 2005
- GREPPI E. - VELLANO M., *Diritto internazionale dello sport*, Torino, Giappichelli, 2005
- KLAUS B., *Der gemeinschaftsrechtliche Lebensmittelbegriff*, Bayreuth, Verlag P.C.O., 2005
- LOPEZ DE GONZALO M., *Giurisdizione civile e trasporto marittimo*, Milano, Giuffrè, 2005
- MAFFEI S., *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003
- MELLONI M., *The Principle of National Treatment in the GATT: a Survey of the Jurisprudence, Practice and Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2005
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005
- NERGELIUS J. - POLICASTRO P. - URATA K. (edited by), *Challenges of Multi-Level Constitutionalism*, Cracow, Polpress Publisher, 2004
- OLIVI B. - SANTANIELLO R., *Storia dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2005
- PANEBIANCO M. (diretto da) - BUONOMENNA F. (a cura di), *Repertorio della Costituzione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005
- RAVASI G. (a cura di), *L'Europa a ventisette*, Milano, Edizioni Nagard, 2005
- ROSSI DAL POZZO F., *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, Giuffrè, 2005
- SNYDER F., *Enlargement and the New Europe after 2004 - L'élargissement et la nouvelle Europe après 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005

TERMINI V., *Dai Municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2004

TESAURO G., *Diritto comunitario*, IV edizione, Padova, Cedam, 2005

TIZZANO A., *Codice dell'Unione europea con il testo della Costituzione per l'Europa*, Padova, Cedam, 2005

UCCELLA F., *Il diritto comunitario sulle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, Edisud Salerno, 2005

VIGLIAR E., *Il diritto dell'Unione europea – Dall'integrazione funzionale al trattato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale - Università degli Studi di Salerno; assegnista di ricerca presso la medesima Università*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

MASSIMO FRAGOLA, *Professore di Diritto dell'Unione europea - Università della Calabria*

BARBARA KLAUS, *Avvocato in Monaco (Germania) e Milano*

CRISTINA IORI, *Lecturer in EU Law - Tokyo University of Foreign Studies; Doctoral candidate in Law - University of Tokyo*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza - Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

MASSIMO PANEBIANCO, *Professore di diritto internazionale - Università degli Studi di Salerno*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato in Milano*

TERESA RUSSO, *Ricercatore in diritto internazionale - Università degli Studi di Salerno*

PIETRO TROIANIELLO, *Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea - Università del Sannio - Benevento*

ARTICOLI

CORTE DI GIUSTIZIA E *TREATY MAKING POWER* DELLA COMMISSIONE EUROPEA: GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI*

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *L'Accordo tra la Commissione europea e il Governo degli Stati Uniti in materia di cooperazione nell'applicazione del diritto antitrust del 23 settembre 1991* - **3.** *La decisione della Commissione di concludere direttamente l'Intesa CE/USA ricorrendo alla formula dell'accordo amministrativo* - **4.** *L'iniziativa francese di fronte alla Corte di giustizia per fare sanzionare come ultra vires il comportamento della Commissione* - **5.** *La decisione della Corte di giustizia nel caso n. C-327/91, Francia c. Commissione* - **6.** *L'antidoto alla bocciatura della Corte: una "revisione lessicale" – sorretta da un solido quadro politico internazionale – per gli strumenti di cooperazione amministrativa della Commissione* - **7.** *Il quadro di concertazione politica transatlantica in cui si decide di procedere alla redazione delle Linee Guida UE/USA in materia di cooperazione normativa e trasparenza* - **8.** *Il convergere delle ragioni statunitensi e di quelle europee nella definizione delle Guidelines* - **9.** *L'Accordo sugli Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di trasparenza e le peculiarità della sua tecnica redazionale* - **10.** *L'ennesimo duello innescato dalla Francia con la Commissione* - **11.** *L'eccezione di irricevibilità del ricorso e la natura giuridica dell'Accordo sugli Orientamenti nell'approccio dell'Avvocato Generale* - **12.** *I motivi di carattere politico-istituzionale della decisione della Corte di qualificare gli Orientamenti come un atto privo di forza vincolante statuendo sul merito anziché nell'ambito della questione di ammissibilità* - **13.** *L'infondatezza del motivo di impugnazione relativo ad una illegittima restrizione del diritto di iniziativa legislativa della Commissione e la contestuale indicazione del fondamento giuridico degli accordi amministrativi conclusi dal Collegio con gli Stati terzi* - **14.** *Gli obblighi di trasparenza dell'Accordo TBT* - **15.** *Conclusioni.*

* Ringrazio Jan Frydman e Antti Karhunen, della Direzione generale Impresa della Commissione europea, per le informazioni fornite a proposito dei negoziati dell'Accordo UE/USA relativo agli Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di trasparenza e del suo *follow-up*. Ovviamente, eventuali errori e lacune del presente lavoro sono a me unicamente imputabili.

1. Introduzione

La possibilità di configurare in capo alla Commissione il potere di concludere accordi internazionali è sempre stato uno dei temi istituzionali più sensibili della Comunità europea. Infatti, gli Stati membri, pur riconoscendo il carattere indispensabile e insostituibile dell'intensa attività internazionale della Commissione, non sono ancora riusciti a superare la loro tradizionale ritrosia ad affermare *apertis verbis* il *treaty making power* di tale istituzione, tenuta ad agire in piena indipendenza dagli interessi nazionali. Certo, l'art. 7 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee del 1965 prevede che la Commissione possa concludere accordi per far riconoscere come titoli di viaggio validi sul territorio di Stati terzi i lasciapassare rilasciati dai presidenti delle istituzioni delle Comunità ai loro membri, funzionari ed agenti¹; l'art. 302 (ex 229) CE conferisce alla Commissione il compito di assicurare i collegamenti che ritenga «utili» o «opportuni» con le organizzazioni internazionali²; e il Trattato di Maastricht è intervenuto sull'art. 300 (ex 228) CE, la disposizione «autonoma e generale di portata costituzionale»³ dedicata

¹ Se ne veda il testo in B. NASCIBENE (a cura di), *Comunità e Unione europea - Codice delle istituzioni*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 194 ss. È oramai prassi costante della Commissione inserire una clausola sui lasciapassare direttamente negli accordi sui privilegi e le immunità delle sue delegazioni nei Paesi terzi che detta istituzione stipula con i rispettivi governi (il testo tipo di tale accordi – richiamati anche *infra*, par. 3 – è intitolato «Agreement between the Government of [name of the Third Country] and the Commission of the European Communities on the Establishment of the Privileges and Immunities of the Delegation of the Commission of the European Communities in [name of the Third Country]»). La clausola *standard* sui titoli di viaggio recita: «[t]he Government of ... hereby recognizes the *Laissez-passer* issued by the European Communities to officials and other servants of its institutions as valid travel documents».

² Tra gli esempi più recenti di tale tipo di accordi cfr.: *Financial and Administrative Framework Agreement between the European Community and the United Nations signed on 29 April 2003*, con le relative adesioni degli istituti specializzati delle Nazioni Unite, in http://europa.eu.int/comm/europeaid/tender/gestion/cont_typ/onu/index_en.htm, sito consultato il 6 giugno 2005; Scambio di lettere tra la Commissione delle Comunità europee e l'Ufficio internazionale delle epizootie, in *Gu-Ue* n. C 215 del 27 agosto 2004, p. 3; Decisione n. 2005/160/Ce della Commissione del 27 ottobre 2004 relativa a uno scambio di lettere tra l'Ufficio delle Nazioni Unite per il coordinamento degli affari umanitari (UNOCHA) e la Commissione delle Comunità europee in merito alla cooperazione nell'ambito degli interventi di risposta in caso di calamità (nell'eventualità di interventi simultanei in un paese colpito da calamità), in *Gu-Ue* n. L 52 del 25 febbraio 2005, p. 42; Decisione n. 2005/436/Ce della Commissione del 13 giugno 2005 relativa alla cooperazione della Comunità con l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura per quanto riguarda le attività della Commissione europea per il controllo dell'afeta epizootica, in *Gu-Ue* n. L 151 del 14 giugno 2005, p. 26. Sugli accordi di collegamento della Commissione v., in dottrina, A.-P. ALLO, *Les accords administratifs entre l'Union européenne et les organisations internationales*, in D. DORMOY (ED.), *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 56-67; C. CATTABRIGA, *La funzione attuale dell'art. 229 del Trattato CE per le relazioni tra la Comunità e le altre organizzazioni internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 924-951; L. CAVICCHIOLI, *Art. 302*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1345-1360; I. PALANDRI, *Art. 302*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2000, p. 1007-1012.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994 in causa n. C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3641, punto 28. Sulla procedura di conclusione di accordi internazionali nella Comunità europea cfr. A. DE WALSCHE, *La procédure*

alla procedura di conclusione degli accordi internazionali, per consentire al Consiglio, all'atto della conclusione di un accordo, di «abilitare la Commissione ad approvare a nome della Comunità gli adattamenti di cui l'accordo in questione prevede l'adozione con una procedura semplificata o da parte di un organo istituito dall'accordo stesso, corredando eventualmente questa abilitazione di condizioni specifiche»⁴. Tuttavia, il cauto atteggiamento degli Stati membri non solo ha continuato ad impedire una soluzione di diritto positivo che facesse completa chiarezza sulle competenze della Commissione nelle relazioni esterne, ma ha anche creato parecchie incertezze nel considerare e ri-

de conclusion des accords internationaux, in J.-V. LOUIS - M. DONY (sous la direction de), *Relations Extérieures*, in *Commentaire J. Mégret*, Vol. 12, Bruxelles, ULB, 2005, p. 77-111; P. ECKHOUT, *External Relations of the European Union - Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 169-189; C. KADDOUS, *Article 300 CE*, in P. LÉGER (sous la direction de), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1895-1913; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003, p. 338 ss.; F. POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in E. CANNIZZARO (a cura di) *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague - London - New York, Kluwer Law International, 2002, p. 3-16; A. SANTINI, *Il ruolo delle istituzioni comunitarie nella negoziazione e conclusione degli accordi internazionali*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 141-176.

⁴ Art. 300, par. 4, CE. A tutt'oggi, la Comunità ha fatto un uso certo non frequente di tale possibilità di abilitazione della Commissione. A parte i casi isolati degli accordi con Israele sugli appalti pubblici e sugli appalti di telecomunicazioni, e dell'accordo sul sistema globale di navigazione via satellite (decisione del Consiglio n. 97/474/Ce del 24 febbraio 1997 relativa alla conclusione di due accordi tra la Comunità europea e lo Stato di Israele, rispettivamente, sugli appalti pubblici e sugli appalti banditi dagli operatori del settore delle telecomunicazioni, in *Guce* n. L 202 del 30 luglio 1997, p. 72; decisione del Consiglio n. 98/434/Ce del 18 giugno 1998 relativa all'accordo tra la Comunità europea, l'Agenzia spaziale europea e l'Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea relativo al contributo europeo all'istituzione di un sistema globale di navigazione via satellite (GNSS), in *Guce* n. L 194 del 10 luglio 1998, p. 15), si è fatto ricorso alla delega di cui all'art. 300, par. 4 CE sostanzialmente per tre tipi di accordi. Vi è la serie degli accordi sui precursori e le sostanze chimiche suscettibili di essere illecitamente utilizzati per la produzione di stupefacenti, ove è stato affidato alla Commissione il potere di procedere direttamente a concordare, a nome della Comunità, modifiche agli elenchi delle sostanze contemplate negli allegati (cfr., per tutti, la decisione del Consiglio n. 95/567/Ce del 18 dicembre 1995, riguardante la conclusione, a nome della Comunità, dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di Bolivia in materia di precursori e sostanze chimiche frequentemente utilizzati nella produzione illecita di stupefacenti o sostanze psicotrope, in *Guce* n. L 324 del 30 dicembre 1995, p. 1 che è stata seguita da analoghi accordi con, in ordine cronologico, Colombia, Ecuador, Perù, Venezuela, Messico, Stati Uniti d'America, Cile e Turchia). Quindi, vi sono gli accordi in materia di tassazione dei redditi da risparmio con Andorra, San Marino, Liechtenstein, Monaco e Svizzera (v., ad esempio, la decisione del Consiglio n. 2004/911/Ce del 2 giugno 2004, relativa alla firma e alla conclusione dell'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera, che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva n. 2003/48/Ce del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, e del *memorandum* d'intesa che lo accompagna, in *Gu-Ue* n. L 385 del 29 dicembre 2004, p. 28) Infine, la terza categoria di accordi riguarda gli impegni recentemente negoziati con la Svizzera: oltre all'accordo sui redditi da risparmio appena ricordato, si riportano qui la decisione n. 2002/309/Ce/Euratom del Consiglio e, per quanto riguarda l'Accordo sulla Cooperazione Scientifica e Tecnologica, della Commissione del 4 aprile 2002 relativa alla conclusione di sette accordi con la Confederazione svizzera, in *Gu-Ue* n. L 114 del 30 aprile 2002, p. 1 e la decisione del Consiglio n. 2005/45/Ce del 22 dicembre 2004, relativa alla conclusione e all'applicazione provvisoria dell'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera che modifica l'accordo tra la Comunità economica europea e la Confederazione svizzera del 22 luglio 1972 per quanto riguarda le disposizioni applicabili ai prodotti agricoli trasformati, in *Gu-Ue* n. L 23 del 26 gennaio 2005, p. 17.

costruire i poteri attribuiti a tale istituzione in modo tale che risultassero adeguati allo svolgimento del suo ruolo internazionale.

La Corte di giustizia è stata espressamente chiamata a pronunciarsi sul tema solo due volte, e limitatamente ad un particolare tipo di accordi internazionali conclusi dalla Commissione con uno Stato terzo – i c.d. "accordi amministrativi", volti unicamente a instaurare un coordinamento tra le attività delle parti contraenti predisponendo gli opportuni meccanismi procedurali e organizzativi⁵. Nel primo caso, relativo all'Accordo tra la Commissione e il governo degli Stati Uniti sull'applicazione delle legislazioni *antitrust* del settembre 1991, la Corte, con una sentenza pronunciata nell'agosto 1994, ha respinto tutte le argomentazioni difensive del Collegio, e ne ha dichiarato l'incompetenza ad approvare l'intesa controversa, dopo aver considerato quest'ultima riconducibile alla nozione di accordo internazionale di cui all'art. 300 (ex 228) CE – disposizione che «utilizza l'espressione "accordo" in un senso generale, per designare ogni impegno avente carattere vincolante, assunto da soggetti di diritto internazionale, indipendentemente dalla sua forma»⁶. Nella seconda disputa, decisa con una pronuncia del marzo 2004⁷, e avente ad oggetto l'Accordo sugli Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di trasparenza (*Guidelines on Regulatory Cooperation and Transparency*) raggiunto dalla Commissione con l'amministrazione statunitense nel febbraio 2002⁸, la Corte ha, invece, dichiarato infondato il ricorso di legittimità contro il Collegio perché le *Guidelines*, non potendo, a suo avviso, es-

⁵ Sulla nozione di accordo amministrativo cfr. la voce *Accord*, in J. SALMON (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 8 ss. Più in generale sulla nozione di accordo internazionale, oltre alla bibliografia citata in prosieguo, v. anche D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 215 ss.; S. BASTID, *Les Traités dans la Vie Internationale - Conclusion et Effets*, Paris, Economica, 1985; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2003, p. 579 ss.; E. CANNIZZARO, Voce "Trattati internazionali", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1999, p. 344-368; L. FERRARI BRAVO, Voce "Accordi internazionali", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma; R. MONACO, Voce "Trattati e convenzioni internazionali", in *Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, p. 620-649; A. PIETROBON, *Il sinallagma negli accordi internazionali*, Padova, Cedam, 1999; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 365 ss.; M. VIRALLY, *Sur la notion d'accord*, in *Le droit international en devenir - Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, p. 135-145.

⁶ Così la sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994 in causa n. C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. supra, nota 3, punto 27, che riprende la definizione già presente nel parere che la Corte aveva reso su un progetto di accordo riguardante una norma sulle spese locali elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). Si veda il parere n. 1/75 della Corte di giustizia dell'11 novembre 1975, in *Raccolta*, 1975, p. 1355, sezione A.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2759.

⁸ Per il testo ufficiale, redatto unicamente in lingua inglese, cfr. il sito della Direzione generale Impresa della Commissione europea (http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/gov_relations/regulcooptransat.htm) nonché quello del Rappresentante per il commercio degli Stati Uniti (*United States Trade Representative*, USTR: <http://www.ustr.gov>). Nel prosieguo del presente lavoro, l'Accordo in questione verrà anche indicato, in modo abbreviato, come "Orientamenti", "Guidelines", nonché "Linee Guida".

sere qualificate come impegni giuridicamente vincolanti, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 300 CE – la norma che, lo si è appena visto, contempla solo gli accordi internazionali vincolanti, e sulla cui violazione si fondava uno dei motivi dell'azione di annullamento.

Dopo la censura dell'attività pattizia della Commissione pronunciata dieci anni prima – la cui perentorietà potrebbe anche essere imputabile, come si vedrà, ad un certo clima di sfiducia che, all'inizio degli anni '90, aveva investito la Commissione a seguito della condotta assunta nelle battute finali dei negoziati sull'agricoltura dell'Uruguay Round – sembra ora che la Corte, non lesinando, peraltro, nessuna delle sue doti diplomatiche, abbia voluto indicare il tipo di strumenti che tale istituzione può concorrere a porre in essere con gli Stati terzi per definire il quadro della loro cooperazione amministrativa internazionale. Si tratta di un importante, oltre che autorevole, intervento a proposito di un settore dell'attività della Commissione contrassegnato dall'incertezza istituzionale, e dalla persistente latitanza di un intervento normativo chiarificatore.

Nel presente lavoro cercheremo di individuare le dinamiche e le interazioni tra la condotta della Commissione e le due sentenze della Corte di giustizia sugli accordi amministrativi, sottolineando la tenacia e la puntigliosità con le quali la Francia si è rivolta ai giudici comunitari per censurare quegli atti che considerava illegittimi tentativi dell'esecutivo indipendente di rafforzare il proprio peso al di là di quanto stabilito nei Trattati, e dando rilievo al ruolo significativo giocato dall'esecutivo statunitense nel realizzare un modello di cooperazione amministrativa internazionale che superasse indenne il vaglio dei giudici di Lussemburgo. Solo attraverso tale *excursus* sarà, infatti, possibile comprendere la portata e le ragioni della sofisticata decisione del marzo 2004, e, dunque, individuare il delicato equilibrio che la Corte, stabilendo la competenza della Commissione ad avvalersi di atti quali le *Guidelines*, ha inteso fissare tra le esigenze del Collegio di riconosciute forme giuridiche per la sua attività di cooperazione amministrativa internazionale con gli Stati terzi, e i timori, personificati dalla Francia, che l'esecutivo indipendente si avvalga del lavoro svolto nel settore delle relazioni esterne per travalicare i poteri ad esso attribuiti dal sistema comunitario.

2. L'Accordo tra la Commissione europea e il Governo degli Stati Uniti in materia di cooperazione nell'applicazione del diritto *antitrust* del 23 settembre 1991

Nell'ottobre 1990, a seguito dei regolari contatti che, sin dalle prime applicazioni del Regolamento Cee n. 17/62⁹, si erano avuti tra la Commissione

⁹ Regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, in *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204 più volte modificato, e, da

europa e le autorità *antitrust* degli Stati Uniti, si pensò di "formalizzare" tali relazioni di lavoro attraverso la stipulazione di un accordo amministrativo¹⁰. Tale Accordo avrebbe dovuto essere impostato sulla base della Raccomandazione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 1986, relativa alla cooperazione tra le autorità statali nelle pratiche restrittive della concorrenza che incidono sugli scambi internazionali¹¹, a quell'epoca l'ultimo della serie di atti non vincolanti¹² che erano stati il punto di riferimento della collaborazione tra Europa e Stati Uniti¹³. Infatti, già da tempo, la crescente e inarrestabile internazionalizzazione delle attività economiche dava luogo ad attività anticoncorrenziali poste in essere in uno o più Stati che, però, producevano effetti in un Paese terzo, e implicava lo sviluppo di pratiche illecite, coordinate tra imprese aventi sede in diverse nazioni, che incidevano

ultimo, sostituito dal regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Gu-Ue* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1.

¹⁰ Cfr. sul punto A. HAAGSMA, *International Competition Policy Issues: The E.C. - U.S. Agreement of September 23, 1991*, in P. J. SLOT - A. MCDONNELL (EDS.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, London, Sweet and Maxwell, 1993, p. 229-242; A. D. HAM, *International Cooperation in the Anti-trust Field and in Particular the Agreement Between the United States of America and the Commission of the European Communities*, in CMLR, 1993, p. 571-597; C. SCHEPISI, *Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli Accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, cit. supra, nota 3, p. 311-353; P. TORREMANS, *Extra-territorial Application of EC and US Competition Law*, in *ELR*, 1996, p. 280-293.

¹¹ OECD Doc. C(86)44 (Final), *Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, adopted on June 5, 1986, in *ILM*, 1986, p. 1629-1635.

¹² Si tratta di atti elaborati dall'OCSE a partire dal 1967 e riguardanti meccanismi di notifica e consultazione, richiamati dalla Raccomandazione del 1986 di cui alla nota precedente. Attualmente, la Raccomandazione OCSE sulla cooperazione tra le autorità *antitrust* vigente è quella del 1995 (C(95)130/FINAL, *Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, adopted on 27-28 July 1995). V. anche C(98)35/FINAL, *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, adopted on 25 March 1998, in <http://www.oecd.org>.

¹³ Sulla cooperazione internazionale nel settore *antitrust*, sia di carattere multilaterale, che con specifico riferimento ai rapporti bilaterali Europa - Stati Uniti v. G. ADINOLFI, *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust fra politica commerciale e politica della concorrenza*, in *Comunicazioni e Studi*, Vol. XXII, 2002, p. 418-461; C. COCUZZA - A. GIGANTE, *Diritto antitrust e cooperazione internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 783-798; C. DAMRO, *Multilateral Competition Policy and Transatlantic Compromise*, in *EFARev.*, 2004, p. 269-287; U. DRAETTA, *La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni*, in *Dir. comm. intern.*, 1999, p. 785-799; S. G. CANO, *La cooperación internacional en el ámbito del derecho de la competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 1998, p. 721-751; M. MARESCA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 821-851; B. NASCIMBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 309-326; S. RIGAMONTI, *I principi della "comitas gentium" negli accordi tra Comunità europee e Stati Uniti in materia di concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 835-841; R. SCHIANO, *Unione europea, diritto antitrust e WTO: verso un nuovo accordo sulla concorrenza*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 293-313; D. K. TARULLO, *Norms and Institutions in Global Competition Policy*, in *AJIL*, 2000, p. 478-504; A. TIZZANO, *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 695-723.

negativamente su più mercati, vanificando, così, la liberalizzazione del commercio multilaterale cui gli Stati si impegnavano con l'abbattimento delle barriere da essi poste in essere. Le risposte di natura "unilaterale" inizialmente sperimentate dalle autorità americane ed europee – ossia l'applicazione extraterritoriale delle rispettive legislazioni nazionali *antitrust* –¹⁴ avevano ben presto rivelato una nutrita serie di difetti. Oltre a potersi scontrare con i limiti posti dalle norme consuetudinarie internazionali all'esercizio dei pubblici poteri statali, la c.d. "dottrina degli effetti" era suscettibile di rivelarsi inefficace per via delle difficoltà di un'autorità nazionale *antitrust* – che pure avesse deciso di sanzionare comportamenti e/o soggetti residenti in uno Stato terzo – a disporre di tutti i poteri necessari ad acquisire prove al di fuori della propria giurisdizione. Inoltre, vi era la possibilità che diversi sistemi nazionali, in merito ad uno stesso caso, arrivassero ad esprimere decisioni confliggenti, dunque a richiedere agli operatori economici condotte tra loro inconciliabili. Per ovviare a tali inconvenienti, si cercò, ancora una volta in modo unilaterale, di temperare le conseguenze molto criticate della *effects doctrine* attraverso l'elaborazione del concetto di "cortesia internazionale", noto anche come cortesia "tradizionale" o "negativa" (*international, traditional or negative comity*). In sostanza, nell'intento di rispettare il principio di non ingerenza negli affari interni, le corti federali statunitensi avevano stabilito che, *prima* di procedere all'applicazione extraterritoriale del diritto nazionale sulla concorrenza, le autorità *antitrust* USA dovevano determinare se gli effetti dei comportamenti anticoncorrenziali che presentavano legami con Stati terzi producevano una "cognizable injury," vale a dire un danno di una certa entità, per il commercio americano, e, quindi, dovevano operare un bilanciamento tra gli interessi USA a che venissero sanzionate le pratiche illecite secondo le regole nordamericane, e gli interessi dei Paesi terzi che sarebbero stati colpiti proprio in ragione dell'applicazione extraterritoriale del diritto *antitrust* statunitense¹⁵.

Accanto a questa condotta di *self-restraint*, gli Stati iniziarono a sviluppare una politica di cooperazione tra le autorità *antitrust*, avviata informalmente attraverso la redazione delle Raccomandazioni OCSE già citate. Fu proprio per arrivare ad un più puntuale coordinamento tra le rispettive autorità *antitrust*, caratterizzato da efficacia e sistematicità, che la Commissione europea, la *Federal Trade Commission* e la divisione sulla concorrenza del Dipartimento USA sulla giustizia decisero – ispirandosi anche all'auspicio sempre presente nelle Raccomandazioni OCSE per la conclusione di intese bilaterali

¹⁴ P. PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza ed il diritto internazionale*, in AA.VV., *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno ed internazionale*, Padova, Cedam, 1989, p. 81-203.

¹⁵ M. PALLEK, *L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence*, in CDE, 2004, p. 95-155; W. K. WALKER, *Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws: The Effect of the European Community-United States Antitrust Agreement*, in *HJIL*, 1992, p. 583-591.

– di negoziare un Accordo tra la Comunità e gli Stati Uniti sull'applicazione delle legislazioni *antitrust*.

I negoziati furono particolarmente rapidi – in pratica, durarono meno di un anno –, anche perché, sul versante comunitario, ben si sapeva che l'entrata in vigore del Regolamento Ce n. 4064/89 sulle concentrazioni avrebbe considerevolmente accresciuto le possibilità di conflitto tra sistemi nazionali *antitrust*, essendo altamente improbabile che le fusioni riconducibili al suo ambito di applicazione potessero essere unicamente ascrivibili al mercato comunitario¹⁶. Il 10 settembre 1991 il Collegio dei commissari approvò il progetto di accordo amministrativo, abilitando Sir Leon Brittan, allora Commissario per il commercio con l'estero, a firmare e concludere l'Accordo a nome della Commissione. E il 23 settembre, insieme all'*Attorney General* e al Presidente della *Federal Trade Commission* – ovvero le autorità federali responsabili in materia di applicazione del diritto della concorrenza, che rappresentavano il governo degli Stati Uniti – Brittan firmò a Washington D.C. l'Accordo sull'applicazione delle leggi *antitrust*. In questo breve arco di tempo, gli Stati membri, negli incontri dei direttori generali delle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza, manifestavano apprezzamento e consenso per la sostanza dell'Accordo. Tuttavia, alcuni di loro esprimevano perplessità sulla correttezza della sua conclusione da parte della sola Commissione, incertezze che, però, non provocarono alcun rallentamento nella stringata tabella di marcia che l'istituzione europea si era prefissata¹⁷.

L'obiettivo dell'Accordo non è soltanto realizzare un sistema nel quale i conflitti possano essere risolti, ma, soprattutto, prevenire la loro stessa formazione attraverso una stretta cooperazione e un sollecito coordinamento tra le autorità *antitrust* della Comunità e degli USA. Così, oltre a riprendere strumenti già noti alla cooperazione internazionale sulla concorrenza, peraltro affinandoli, l'Accordo inserisce alcune disposizioni innovative. L'intesa CE/USA stabilisce all'art. II un obbligo di notifica allorché le autorità di una parte constatino che le loro misure di applicazione sulla concorrenza sono suscettibili di incidere su interessi importanti della controparte. La comunicazione deve contenere una quantità di informazioni sufficiente a permettere alla parte notificata di procedere ad una prima valutazione degli effetti che la misura *antitrust* può avere sui suoi interessi, e deve essere effettuata in un momento della procedura che consenta alla parte notificata di far conoscere il

¹⁶ Regolamento (Cee) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese, in *Guce* n. L 257 del 21 settembre 1989, p. 14 ora sostituito dal regolamento (Ce) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»), in *Gu-Ue* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.

¹⁷ Rapport d'audience dans l'affaire n. C-327/91, *République française c. Commission des Communautés européennes*, par. 1-15.

suo punto di vista alla parte notificante. L'obbligo di notifica si ha anche quando un'autorità *antitrust* intervenga in una procedura amministrativa e/o giudiziaria avviata da terzi. L'art. III prevede un articolato meccanismo per lo scambio di informazioni, riconoscendo che è interesse comune condividere un ampio spettro di notizie al fine di *a.* facilitare il corretto impiego delle rispettive discipline sulla concorrenza, e *b.* migliorare la conoscenza di norme e prassi applicative del sistema *antitrust* della controparte. Le autorità CE e USA dovranno incontrarsi almeno due volte all'anno per scambiarsi informazioni su misure di applicazione e priorità, su settori economici di interesse comune, per discutere sui cambiamenti di politica cui intendono dar luogo, e, in generale, per dibattere su ogni altra questione di interesse reciproco in materia di concorrenza. In particolare, l'art. III richiede che ogni parte comunichi all'altra ogni informazione significativa sugli atti illeciti ritenuti di interesse per la controparte, anche ai fini dell'applicazione di una sanzione. L'art. IV fissa l'importante principio della cooperazione e del coordinamento tra autorità *antitrust* laddove queste decidano di intervenire su situazioni che presentano legami tra loro, ma ciò sempre nella misura compatibile con la legislazione e gli interessi importanti di ciascuna parte, e nei limiti delle risorse per esse ragionevolmente disponibili. Vi sono, poi, le importanti disposizioni sulla *comity*, che, per la prima volta, vengono codificate in un accordo internazionale avente forza vincolante. L'art. VI tratta della *traditional comity*, della cortesia tradizionale, in base alla quale ciascuna parte si impegna a tenere conto degli interessi rilevanti dell'altra parte quando adotta atti di esecuzione a tutela del proprio diritto della concorrenza. Ma il maggior elemento di novità e importanza dell'Accordo è dato dall'art. V, che disciplina il concetto di cortesia positiva – o, come anche si dice, di cortesia "attiva" (*positive comity*) – in base al quale una parte può chiedere all'altra di applicare la sua disciplina *antitrust* a fattispecie che hanno luogo sul suo territorio laddove queste abbiano un'incidenza su interessi importanti della parte richiedente¹⁸. È una rilevante esten-

¹⁸ Quale esempio di applicazione del principio di cortesia attiva di cui all'art. V dell'Accordo, si ricorda qui il caso *Sabre/Amadeus*. "Amadeus" è un sistema informatico di prenotazione di proprietà di alcune compagnie aeree – le europee Air France, SAS, Iberia, Lufthansa, e la Continental Airlines, che è, invece, una società statunitense. Ad avviso della American Airlines, Air France adottava un comportamento discriminatorio contro il sistema informatico di prenotazione "Sabre", di proprietà della compagnia USA. In sostanza, Air France forniva Amadeus di informazioni più accurate e più tempestive, e consentiva a detto sistema alcune possibilità tecniche, quale la conferma *on-line* delle prenotazioni, che, invece, negava al concorrente Sabre. In tal modo, secondo la American Airlines, si realizzava un abuso di posizione dominante, e, di conseguenza, la compagnia statunitense aveva deciso di presentare una denuncia al *Department of Justice* (DoJ), il Ministero della giustizia degli Stati Uniti. Quest'ultimo, nel 1997, decise di invocare l'art. V dall'Accordo di cooperazione, chiedendo, così, alla Commissione europea di aprire un'inchiesta sulla concorrenza tra i sistemi Amadeus e Sabre. La Commissione aprì formalmente la procedura, nel marzo 1999, dopo avere condotto un'indagine preliminare. L'inchiesta è stata conclusa positivamente nel luglio del 2000, a seguito dell'accettazione, da parte di Air France, come anche delle altre compagnie aeree proprietarie del sistema Amadeus, di un codice di condotta che garantisce a Sabre condizioni equivalenti a quelle accordate al sistema Amadeus. Cfr. IP/99/171, *Commission opens procedure against Air France for favouring Amadeus reservation system*, Brussels, 15th March 1999; IP/00/835,

sione del concetto di cortesia internazionale, anche se, come accade per tutti gli istituti contemplati dall'Accordo, ciascuna parte è dispensata dall'attenersi laddove ciò dovesse essere incompatibile con i suoi interessi importanti. L'art. VII prevede l'impegno delle parti di entrare, senza ritardo, in consultazioni per ogni questione relativa all'Accordo, e di adoperarsi per raggiungere rapidamente soluzioni soddisfacenti per la Comunità e gli Stati Uniti. La richiesta di avviare consultazioni deve essere motivata, e queste devono svolgersi al livello appropriato.

In questa prima fase di cooperazione pattizia, comunque, i negoziatori avevano deciso di mantenere in capo a ciascuna autorità il diritto di effettuare la propria analisi e di giungere a decisioni in modo reciprocamente indipendente. Pertanto, l'art. IX stabilisce che l'Accordo non può essere interpretato in modo incompatibile con il diritto vigente degli Stati Uniti, della Comunità, e dei loro rispettivi Stati federati e Stati membri, né può, tantomeno, imporre modifiche alle loro legislazioni. L'art. VIII riprende lo stesso principio con particolare riferimento al regime della confidenzialità delle informazioni, articolando il divieto di procedere alla loro divulgazione in un limite giuridico e in un limite politico. Così, nessuna parte è tenuta a fornire informazioni all'altra laddove la diffusione delle informazioni fosse proibita per legge (limite giuridico) o incompatibile con interessi rilevanti della parte che detiene le informazioni (limite politico).

3. La decisione della Commissione di concludere direttamente l'Intesa CE/USA ricorrendo alla formula dell'accordo amministrativo

La Commissione qualificava l'Intesa raggiunta con gli Stati Uniti come un insieme di obblighi di cooperazione, coordinamento, informazione e consultazione che, non comportando alcuna modifica del diritto comunitario né di quello degli Stati membri, non riducendo il margine di discrezionalità della Commissione nella disciplina sulla concorrenza, ed essendo interamente eseguibile da tale istituzione, era al di sotto del livello per il quale sarebbe stato necessario richiedere un mandato a negoziare e poi procedere alla conclusione dell'accordo da parte del Consiglio – il quale, peraltro, nel caso di specie avrebbe potuto approvare l'Intesa solo dopo avere ottenuto il parere consultivo del Parlamento europeo, essendo l'Intesa uno strumento internazionale di politica della concorrenza¹⁹. Ad avviso della Commissione, gli obblighi di

Commission acts to prevent discrimination between airline computer reservation systems, Brussels, 25 July 2000.

¹⁹ Tale procedura risulta dalla lettura congiunta degli artt. 300 (ex 228) – il quale richiede, con l'eccezione degli accordi commerciali, che l'Assemblea venga come minimo consultata prima dell'approvazione consiliare di uno strumento pattizio – e 83 (ex 87) del Trattato CE.

comportamento contemplati dall'Accordo CE/USA, considerati di portata limitata, avrebbero già potuto essere osservati dai suoi funzionari caso per caso, sulla base delle Raccomandazioni OCSE come anche della prassi diplomatica abituale²⁰. Attraverso l'Intesa sull'applicazione del diritto *antitrust*, si intendeva dare stabilità e sistematicità ai singoli episodi di collaborazione. Pertanto, la Commissione era convinta di poter direttamente concludere l'Accordo CE/USA in forma ufficiale e a nome della Comunità, poiché, in buona sostanza, esso semplicemente "consacrava" le linee di condotta già osservate dalle autorità *antitrust* europee ed americane, magari dopo averle informalmente convenute per iscritto «on the back of an envelope»²¹.

Il Collegio scelse, così, di stipulare l'Intesa con gli Stati Uniti secondo la formula consolidata dell'"Accordo amministrativo", un tipo di accordo concluso dalla sola Commissione con i governi o le amministrazioni di Paesi terzi che era ben noto agli Stati membri, poiché il Consiglio ne veniva sistematicamente informato successivamente alla loro firma²². Infatti, pur non essendo espressamente contemplati nel Trattato CE, la Commissione aveva dato vita ad una consistente prassi di accordi con Stati terzi, operanti in molteplici settori: gli accordi sui privilegi e le immunità delle missioni e delle delegazioni della Commissione nei Paesi terzi; gli accordi che mettono fine ad una controversia commerciale nell'ambito del sistema GATT; le intese che stabiliscono enti congiunti tra la Commissione e il governo di uno Stato terzo; gli scambi di lettere in materia di scienza e tecnologia; gli impegni relativi alla cooperazione nel campo fitosanitario, veterinario e dell'igiene alimentare²³. Le caratteristiche che accomunavano tali accordi²⁴ erano: la creazione di obblighi internazionali limitati, ottem-

²⁰ Gli Stati Uniti, anche prima del raggiungimento dell'Intesa di cooperazione, potevano far presente alla Comunità, avvalendosi dei normali canali diplomatici, che una pratica anticoncorrenziale sul mercato europeo provocava distorsioni su quello americano, e chiedere alla Commissione di avviare un'indagine; e la Commissione, ovviamente, conservava tutta la sua discrezionalità nel decidere *ex officio* se iniziare o meno il procedimento.

²¹ *Rapport d'audience dans l'affaire n. C-327/91, cit. supra*, nota 17, par. 70.

²² *Ivi*, par. 74.

²³ *Ibid.*

²⁴ Si nota qui che la Commissione usa impropriamente l'espressione di "accordi amministrativi" per indicare l'insieme degli impegni pattizi assunti precedentemente all'Intesa CE/USA sull'*antitrust*. Infatti, come si è precisato all'inizio del presente lavoro, la nozione di "accordo amministrativo" è riservata solo agli strumenti che fissano le procedure necessarie alla sistematica collaborazione tra gli esecutivi o le amministrazioni di due o più soggetti internazionali, mentre la casistica riportata dalla Commissione va oltre la definizione della categoria in oggetto. Si considerino, ad esempio, gli accordi sui privilegi e le immunità delle missioni e delle delegazioni della Commissione nei paesi terzi, i quali certamente non disciplinano la cooperazione tra amministrazioni, ma stabiliscono le condizioni di trattamento che gli Stati ospitanti devono riservare agli uffici e ai funzionari della Commissione, a partire dal capo della delegazione. Si sottolinea che l'Avvocato Generale Tesaurò, nelle sue conclusioni nella causa n. C-327/91, ipotizza ben due basi giuridiche per la competenza della Commissione a stipulare gli accordi su privilegi e immunità: da un lato, il potere dell'esecutivo indipendente di organizzare i propri servizi, al quale sarebbe riconducibile la facoltà di concordare con lo Stato territoriale i privilegi e le immunità per le sue missioni e delegazioni; dall'altro, Tesaurò pare proprio affermare la legittimità degli strumenti in oggetto anche perché essi ricevono una tacita approvazione da Consiglio e Parlamento allorché, nella loro

perabili dalla sola Commissione; l'assenza di nuovi impegni finanziari, poiché la loro esecuzione poteva perfettamente effettuarsi senza andare ad intaccare, neppure in minima parte, alcuna delle linee del bilancio approvato dalla Comunità; la possibilità meramente teorica che la loro mancata osservanza comportasse la responsabilità internazionale della Comunità per inadempimento, in quanto la loro inesecuzione, più che altro, si sarebbe risolta unicamente nella loro estinzione, e non, invece, in un reclamo internazionale.

I servizi della Commissione si adoperarono, durante i negoziati, affinché l'Intesa CE/USA possedesse le caratteristiche appena elencate, respingendo, peraltro, una precisa richiesta di Sir Leon Brittan, il quale avrebbe voluto introdurre nell'Accordo una clausola di arbitrato per definire attraverso la pronuncia vincolante di un terzo indipendente le controversie tra le due sponde dell'Atlantico non risolvibili amichevolmente. L'istituto arbitrale, infatti, oltre a non essere mai stato inserito negli accordi amministrativi la cui prassi veniva richiamata dal Collegio, era suscettibile di imporre modifiche alla disciplina comunitaria *antitrust*, laddove il lodo avesse comportato una limitazione della discrezionalità che contraddistingue la Commissione nel settore della concorrenza. I negoziatori, così, "derubricarono" la richiesta dell'allora Commissario europeo per il commercio alla semplice procedura di consultazione di cui all'art. VII dell'Accordo. In tal modo, secondo i servizi della Commissione, l'Intesa CE/USA rientrava interamente nei poteri di gestione in materia *antitrust* di tale istituzione, configurando una strumentazione di ausilio al rispetto delle regole di diritto internazionale in materia di giurisdizione nella fase applicativa del diritto sulla concorrenza.

La Commissione affermava di essere competente a concludere l'Accordo sull'applicazione delle leggi *antitrust* facendo leva sulla particolare terminologia di quello che era allora l'art. 228 (ora 300, par. 2) CE, in combinazione con la diffusa e nota prassi del Collegio di sottoscrivere accordi amministrativi con Stati terzi, e i poteri di vigilanza e gestione ad esso conferiti dalla disciplina comunitaria sulla concorrenza. Ai sensi della disposizione del Trattato CE dedicata agli aspetti procedurali delle relazioni esterne, «quando le disposizioni del presente Trattato prevedano la conclusione di accordi tra la Comunità e uno o più Stati ovvero un'organizzazione internazionale, tali accordi sono negoziati dalla Commissione. Fatte salve le competenze riconosciute in questo campo alla Commissione, essi sono conclusi dal Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo nei casi previsti dal presente Trattato»²⁵. La Commissione sottolineava l'uso, nella versione ufficiale italiana e francese della disposizione in oggetto, del termine «reconnues» – «rico-

veste di autorità di bilancio, tali istituzioni adottano gli stanziamenti necessari al funzionamento delle sedi della Commissione all'estero (cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaurò nella causa n. C-327/91, nota 28, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3657).

²⁵ Art. 228, par. 1, CEE. Corsivo aggiunto.

nosciute», anziché «attribueés» – «attribuite», per sostenere che essa avrebbe potuto concludere accordi anche al di là dei pochi casi espressamente previsti dal Trattato o dal diritto comunitario primario, laddove la prassi delle istituzioni o una condivisa interpretazione dell'art. 228 fossero suscettibili di dimostrare che il sistema europeo, per l'appunto, "riconosceva" il *treaty making power* della Commissione con riferimento a quel particolare tipo di accordi internazionali sopra richiamati. Pertanto, la prassi pattizia della Commissione che aveva preceduto l'Intesa CE/USA rappresentava una fonte pertinente per definire quali poteri fossero "riconosciuti" dal sistema comunitario al Collegio. Inoltre, per definire il raggio d'azione della Commissione nella cooperazione amministrativa con gli Stati terzi sul diritto *antitrust*, occorreva tenere presenti anche i poteri di vigilanza e di gestione conferiti ad essa dal Trattato nonché dalla legislazione secondaria, dai quali risulta chiaramente che la Commissione è la sola istituzione capace di dare esecuzione agli impegni codificati nell'Accordo CE/USA.

In sostanza, la Commissione sosteneva che, relativamente alla ricostruzione del suo potere di concludere accordi internazionali oltre ai casi sanciti dalle fonti comunitarie primarie, la prassi delle istituzioni, unitamente a quella interpretativa dell'art. 228 (ora 300) CE, avevano dato luogo ad un'applicazione per analogia del meccanismo di cui all'art. 101, terzo comma, del Trattato EURATOM, in base al quale la Commissione può procedere direttamente a concludere qualunque accordo o convenzione la cui esecuzione non richieda l'intervento del Consiglio – dunque non vada ad interferire nei poteri di quest'ultimo – e possa essere assicurata nei limiti del bilancio comunitario senza far nascere nuovi obblighi finanziari per la Comunità, «a condizione di renderne edotto il Consiglio».

4. L'iniziativa francese di fronte alla Corte di giustizia per fare sanzionare come *ultra vires* il comportamento della Commissione

La Francia, da sempre molto attenta a contenere i propositi "espansionistici" della Commissione²⁶, decise, però, di attaccare l'Intesa CE/USA dinanzi alla Corte di giustizia, affermando che il Collegio non era l'istituzione competente a concludere un tale tipo di Accordo²⁷. La Francia consolidava, così,

²⁶ È celebre la definizione della Commissione data dal Presidente De Gaulle in una conferenza stampa del 1965 – dunque in piena "crisi della sedia vuota", la forma di protesta scelta dalla Francia per contestare l'indipendenza, ritenuta eccessiva, della Commissione: tale istituzione fu bollata come un «aréopage technocratique, apatride et irresponsable». V. L. FERRARI BRAVO, *Poteri della Commissione e suo ruolo nello sviluppo dell'integrazione europea*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario*, Vol. I, p. 165-181, a p. 166.

²⁷ Si veda la comunicazione dell'introduzione del ricorso francese in causa n. C-327/91, in *Gu-cc* n. C 28 del 1992, p. 4.

la sua strategia "giudiziaria" per contenere gli indebiti tentativi di "ampliamento" della Commissione, una strategia avviata alla fine degli anni Ottanta, e proseguita con costante successo negli anni Novanta. Infatti, uno dopo l'altro, la Francia otteneva l'annullamento delle Istruzioni interne di servizio della Commissione ai propri agenti per effettuare controlli nel quadro della gestione del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia²⁸, quindi quello del Codice di condotta della Commissione sulle irregolarità nella gestione dei fondi strutturali comunitari²⁹, della Comunicazione sulla trasparenza degli aiuti statali alle imprese pubbliche³⁰, del Regolamento della Commissione n. 1641/1994 sulla classificazione doganale degli alimenti composti da glutine di granturco (*corn gluten feed*)³¹, e, infine, della Comunicazione relativa ad un mercato interno per i fondi pensione³².

Ci si può chiedere perché Parigi avesse atteso tanto prima di contestare la competenza della Commissione a concludere accordi amministrativi con Stati terzi. Infatti, si trattava di una prassi della quale la Francia era perfettamente a conoscenza, poiché il Consiglio veniva sistematicamente informato di quel particolare tipo di impegni raggiunti sul piano internazionale³³; una prassi che, soprattutto, con la sua tacita tolleranza, il governo transalpino aveva contri-

²⁸ Istruzioni interne di servizio della Commissione (88/C 263/03) relative a talune modalità amministrative e tecniche che gli agenti della Commissione devono applicare per il campionamento e l'analisi dei prodotti prelevati nel quadro della gestione e del controllo del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, in *Guce* 1988 n. C264/3. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 1990 in causa C-366/88, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3571.

²⁹ Codice di condotta relativo alle modalità di applicazione dell'art. 23, par. 1, del regolamento (Cee) n. 4253/88 del Consiglio riguardante le irregolarità nonché l'organizzazione di un sistema di informazioni sulle irregolarità, in *Guce* n. C200/3 del 9.8.1990. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1991 in causa n. C-303/90, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5315.

³⁰ Comunicazione della Commissione agli Stati membri – Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE e dell'art. 5 della direttiva della Commissione n. 80/723/Cee alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera, in *Guce* n. C 273 del 1991, p. 2. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1993 in causa n. C-325/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3283.

³¹ Regolamento (Ce) della Commissione n. 1641 del 6 luglio 1994, che modifica il regolamento (Cee) del Consiglio n. 2658/87, relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica e alla Tariffa doganale comune, in *Guce* n. L 172 del 1994, p. 12. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in causa n. C-267/94, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4845.

³² Comunicazione della Commissione relativa ad un mercato interno per i fondi pensione (94/C 360/08), in *Guce* n. C 360 del 1994. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997 in causa n. C-571/95, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1627.

³³ Il primo accordo amministrativo di cui si ha notizia risale, infatti, al 1974, ed è stato concluso dalla Commissione, sempre con gli Stati Uniti, in materia di cooperazione nelle politiche ambientali: cfr. *Accord sous forme d'échange de lettres entre la Commission des Communautés européennes et les Etats-Unis en ce qui concerne les modalités de coopération en matière d'environnement*, firmato il 1° luglio 1974, da tale data in vigore e di validità indeterminata. Informazioni riportate anche in A. COLLETTI FOSSATI (a cura di), *Analyse synthétique des accords qui lient les Communautés à des pays tiers*, Commissione europea, DG IA, Bruxelles, 1997, p. 182.

buito a consolidare, riconoscendo l'importanza e la necessità della cooperazione amministrativa internazionale che la Commissione aveva posto in essere. Con tutta probabilità, la ragione della scelta temporale della Francia sta proprio nell'oggetto dell'Intesa CE/USA. In effetti, tale atto si differenziava nettamente dagli accordi amministrativi precedentemente conclusi dalla Commissione *a.* per la maggiore articolazione degli strumenti e procedure di cooperazione e coordinamento in essa contemplati, che interessava anche il momento applicativo di una data normativa, e non solo la fase di studio per l'impostazione di una politica o la proposta di una misura³⁴; e *b.* per la sua innovativa portata di carattere politico. A ben guardare, l'Accordo CE/USA sull'applicazione delle leggi *antitrust* rappresentava un vero e proprio «indirizzo di politica estera»³⁵, una scelta, dunque, che avrebbe dovuto essere esercitata dal Consiglio, e ciò anche se la sua esecuzione era interamente e perfettamente realizzabile dalla sola Commissione, e non comportava alcuna modifica della normativa comunitaria, né alcun obbligo finanziario. Anche se gli

³⁴ Gli accordi tra amministrazioni conclusi dalla Commissione prima dell'Accordo sull'*antitrust*, infatti, riguardavano solo le modalità procedurali di collaborazione tra funzionari nella definizione delle rispettive linee politiche programmatiche o nella fase preparatoria dell'impianto di una futura disciplina, e non contemplavano alcun meccanismo di risoluzione delle controversie, neppure limitato all'obbligo di entrare in consultazioni, come, invece, prevede l'Intesa CE/USA sul diritto della concorrenza (v. l'art. VII, riportato nel testo del precedente paragrafo). In alcuni casi lo svolgimento degli incontri e la loro organizzazione è descritta in modo abbastanza dettagliato. Si veda, ad esempio, l'*Accord sous forme d'échange de lettres entre la Commission des Communautés européennes et le Canada en ce qui concerne les modalités de coopération en matière d'environnement* (SEC(75) 2132 final, firmato il 6 novembre 1975), il quale stabilisce: «il a, en outre, été convenu que le cadre structurel de la coopération comporterait quatre éléments: coopération au niveau des experts pour certains sujets spécifiques; coopération ad hoc (c'est-à-dire visites non programmées d'experts canadiens ou de la Communauté); échange de vues à l'occasion de réunions internationales relatives à l'environnement; enfin, la participation d'experts à des symposiums techniques organisés par le Gouvernement canadien ou la Commission serait souhaitée. Les responsables, au niveau de l'élaboration des politiques d'environnement, se rencontreront alternativement à Bruxelles et à Ottawa, ou en tout autre endroit jugé approprié par les deux parties, pour organiser, coordonner et passer en revue la coopération dans les secteurs décrits plus haut et dans les nouveaux secteurs arrêtés d'un commun accord. Les experts techniques se rencontreront également suivant les besoins pour discuter des thèmes préalablement déterminés, les résultats de tels échanges de vues étant portés à la connaissance des responsables en matière de politique de l'environnement. Etant donné que nous considérons cette coopération comme un élément important dans le contexte de nos relations globales, il serait souhaitable d'examiner de temps à autre les progrès accomplis à l'occasion des consultations périodiques à niveau élevé entre la Commission et le Gouvernement canadien». Altre volte, invece, l'organizzazione del coordinamento amministrativo è indicata in modo piuttosto generico. Per un esempio, si riportano qui i passaggi salienti dell'*Accord sous forme d'échange de lettres entre la Commission des Communautés européennes et le Japon en ce qui concerne les modalités de coopération en matière d'environnement* (C(77) 645, firmato il 1° giugno 1977), ove si è convenuto che «[f]or this purpose [ossia lo scambio di informazioni nel campo dell'ambiente], officials from both sides are expected to hold meetings as necessary on an ad hoc basis», che «[t]he exchange of information is also expected to be carried out by means of the exchange of documentation through diplomatic channels», e si auspica l'esame dei risultati della collaborazione durante gli incontri ad alto livello tra la Comunità ed il Giappone: «[s]ince this cooperation is considered to be an important part of overall relations between the Community and Japan, it would be desirable to review its progress from time to time in the EC/Japan high level consultations».

³⁵ Sul punto cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla competenza della Commissione C.E.E. a concludere accordi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 657-670.

obblighi di informazione e i limiti all'applicazione delle rispettive legislazioni *antitrust* erano accompagnati da deroghe molto consistenti, si osservava che l'Intesa CE/USA non poteva ricadere interamente nella sfera di competenza della Commissione poiché realizzava, nel settore della concorrenza, meccanismi simili ai tradizionali trattati di mutua assistenza nelle questioni legali di carattere penale o civile: e tali questioni non potevano certo essere considerate come meramente "amministrative"³⁶.

Va, inoltre, qui ricordato che l'opposizione francese all'iniziativa CE/USA era appoggiata anche da una parte del mondo imprenditoriale europeo. Indubbiamente, l'Intesa sulla cooperazione nell'applicazione del diritto *antitrust* aveva un riflesso positivo sugli operatori economici, poiché comportava riduzione dei costi e maggiore certezza giuridica: laddove avesse avuto successo il coordinamento tra le autorità CE e USA, infatti, si eliminavano *a.* il problema delle decisioni confliggenti, dunque la prospettiva di doversi rapportare a discipline caratterizzate da impostazioni divergenti su una medesima questione, e *b.* il rischio di vedersi applicare una doppia sanzione per uno stesso comportamento illecito. Ma, più che agli aspetti positivi appena ricordati, diverse imprese europee prestavano ben maggiore attenzione alle preoccupazioni causate dall'ampio obbligo di notifica previsto dall'Accordo. La Commissione, per via delle notifiche di accordi, decisioni e pratiche, ricevute dalle imprese che intendono avvalersi della possibilità dell'esenzione individuale dai divieti dell'art. 81 CE, dispone di una notevole serie di informazioni, a differenza delle autorità USA, le quali non hanno un sistema di notifica, collegato alla possibilità di ottenere l'esenzione, simile a quello europeo. Le imprese europee temevano, così, che la Commissione passasse molte informazioni alle autorità USA senza ricevere nulla in cambio, e i già menzionati artt. VIII e IX dell'Accordo, che confermavano per intero tutta la disciplina sulla confidenzialità delle informazioni, evidentemente non venivano considerati sufficienti a tutelare i segreti d'impresa. In particolare, ciò che più metteva in apprensione il mondo imprenditoriale europeo era il fatto che l'applicazione del diritto *antitrust* USA alla loro attività era suscettibile di comportare la comminazione di sanzioni di carattere penale, mentre, sul versante comunitario, le ammende sono di carattere meramente amministrativo³⁷.

³⁶ In proposito v. G. SCHUSTER, *French Republic v. Commission of the European Communities - Case C-327/91*, in *AJIL*, 1995, p. 136-142, a p. 149.

³⁷ Cfr. M. PALLEK, *L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence*, *cit. supra*, nota 15, p. 107 ss.

5. La decisione della Corte di giustizia nel caso n. C-327/91, *Francia c. Commissione*

La Corte di giustizia ha accolto il ricorso francese, opponendo un drastico rifiuto alle pretese della Commissione³⁸. Per farlo, essa ha dovuto, in primo luogo, superare l'eccezione di ricevibilità sollevata dalla parte convenuta. Infatti, la Francia aveva direttamente impugnato l'Intesa CE/USA, e non, invece, la decisione della Commissione del 10 settembre 1991, con la quale si era approvato il progetto di accordo e autorizzato il Vice-Presidente Brittan a firmarlo e concluderlo. Confermando le conclusioni sul punto dell'Avvocato Generale Tesauro, che aveva dedicato al tema una articolata riflessione³⁹, la

³⁸ Sulla sentenza in oggetto, oltre alla bibliografia già richiamata e che si indicherà nel prosieguo cfr. N. BURROWS, *No General External Relations Competence for the Commission*, in *ELR*, 1995, p. 210-213; O. CASANOVAS Y LA ROSA, *La competencia de la Comisión para concluir acuerdos internacionales*, in *Revista de instituciones europeas*, 1995, p. 533-553; W. HUMMER, *Enge und Weite des "Treaty Making Power" des Kommission der EG nach dem EWG-Vertrag*, in *Mélanges Grabitz*, Munich, Beck, 1995, p. 195-226; C. KADDOUS, *L'arrêt France c. Commission de 1994 (Accord concurrence) et le contrôle de la "légalité" des accords externes en vertu de l'art. 173 CE: la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale*, in *CDE*, 1996, p. 613-633; J. KINGSTON, *External Relations of the European Community - External Capacity Versus Internal Competence*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1995, p. 659-670; P. MENGOZZI, *The External Relations of the European Community and the EC Court of Justice Case-Law*, in *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, p. 683-701; P. MENGOZZI, *Le relazioni esterne della Comunità europea, il principio di sussidiarietà e le esigenze di cooperazione poste dalla globalizzazione dell'economia*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, cit. supra, nota 3, p. 5-29, a p. 13; A. J. RILEY, *Nailing the Jellyfish: The Illegality of the EC/US Government Competition Agreement*, in *ECLR*, 1992, p. 101-109; ID., *The Jellyfish Nailed? The Annulment of the EC/US Competition Cooperation Agreement*, in *ECLR*, 1995, p. 185-196.

³⁹ Si vedano le conclusioni nella causa n. C-327/91, cit. supra, nota 24, punto 7-16. L'Avvocato Generale fa leva sulla giurisprudenza della Corte già esistente a proposito di accordi internazionali conclusi dalla Comunità, con particolare riferimento a quanto statuito nel parere n. 1/75. In questa occasione, infatti, la Corte, dovendo pronunciarsi sulla portata del parere preventivo che può esserle richiesto a proposito di un progetto di accordo, ha stabilito che vi debba essere una perfetta corrispondenza tra l'oggetto di tale procedura e quello dei procedimenti di infrazione, legittimità e pregiudiziali, stabilendo, così, il suo pieno controllo giurisdizionale con riferimento agli accordi internazionali: «potendosi interpellare la Corte di giustizia, sia in forza degli artt. 169 e 173 del Trattato, sia in via pregiudiziale, sul se la stipulazione di un accordo rientri nella sfera di competenza della Comunità e se, eventualmente, tale competenza sia stata esercitata conformemente alle disposizioni del Trattato ... si deve ammettere che la Corte può essere interpellata su questi punti a titolo preventivo come contemplato dall'art. 228» (parere n. 1/75 della Corte di giustizia dell'11 novembre 1975 (*Accordo OCSE relativo ad una norma per le spese locali*), in *Raccolta*, 1975, p. 1355). Per Tesauro, è questione "solo formale" interrogarsi sulla possibilità di limitare o meno il controllo di legittimità sugli accordi conclusi dalla Comunità alla sola ipotesi in cui sia stato impugnato l'atto con il quale l'impegno internazionale viene assunto, escludendo il suo sindacato laddove sia stato attaccato direttamente l'accordo. Ciò, in particolare, è vero nelle circostanze dell'Accordo CE/USA, ove la delibera della Commissione «è (...) rimasta rigorosamente consegnata nel processo verbale della Commissione (...) e non è stata né pubblicata, né notificata, né per altro mezzo portata a conoscenza degli Stati membri». In sostanza, conclude l'Avvocato Generale, «non essendo (...) "materialmente" possibile impugnare il consueto atto comunitario "relativo alla conclusione dell'accordo", che nel caso di specie non è stato (...) portato a conoscenza della ricorrente, non [resta] che considerare il ricorso come diretto, implicitamente, contro la decisione (...) che ha consentito la stipulazione dell'accordo in questione» (conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro nella causa n. C-327/91, loc. cit., punti 7-16). Per alcuni, più recenti, esempi di ricorsi di legittimità che confermano la possibilità di operare un controllo giurisdizionale su un accordo internazionale

Corte, dopo avere perentoriamente affermato che «l'esercizio delle competenze devolute alle istituzioni della Comunità nel campo internazionale non può essere sottratto al controllo giurisdizionale di legittimità previsto (...) [dal] Trattato», ha dichiarato il ricorso francese ricevibile poiché detto ricorso «si deve intendere (...) come rivolto contro l'atto con cui la Commissione ha inteso concludere l'accordo»⁴⁰.

La Corte ha poi severamente censurato tutti gli argomenti addotti dal Collegio per difendere la sua competenza a concludere l'Accordo CE/USA. In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno verificato che le parti dell'Intesa erano *a.* la Commissione a nome della Comunità – poiché è solo quest'ultima che, in base al Trattato, «ha personalità giuridica, [ed] è dotata della capacità di vincolarsi [sul piano internazionale] mediante la conclusione di accordi»⁴¹ – e *b.* il Governo degli Stati Uniti, e che tali soggetti avevano volontariamente stipulato un'Intesa volta a produrre effetti giuridici. Pertanto, l'Accordo CE/USA rientrava nella nozione di accordo internazionale di cui all'art. 300 (ex 228) CE. La lettura che la Corte ha dato di questa disposizione, però, diverge completamente dall'interpretazione proposta dalla Commissione. L'art. 300 (ex 228) CE è la «norma autonoma e generale di portata costituzionale» «in tema di stipulazione dei trattati»⁴², che determina il particolare equilibrio istituzionale che deve sostenere il meccanismo decisionale della Comunità allorché quest'ultima intenda sottoscrivere un accordo internazionale. L'art. 300 CE, pertanto, costituisce, nel settore delle relazioni esterne, l'esplicitazione del principio di attribuzione di cui all'art. 7 (ex 4) CE, con particolare riferimento all'assunzione di impegni internazionali. Alla luce di tutto ciò, l'espressione «reconnues» nella versione francese, o «riconosciute» in quella italiana, non può comportare un allentamento dei rigidi criteri interpretativi che sono alla base del principio di attribuzione, allentamento, peraltro, che non è per nulla suggerito dalle altre versioni ufficiali dell'art. 300 (ex 228) CE – ad esempio, la versione inglese usa la frase «powers vested in the Commission», la quale evoca, molto chiaramente ed unicamente, la nozione di attribuzione. Dunque, occorre individuare una base giuridica *ad hoc* per il *treaty making power* della Commissione, il quale non può essere fondato su una

attraverso la decisione con la quale la Comunità lo ha concluso cfr. sentenze della Corte di giustizia del 30 gennaio 2001 in causa n. C-36/98, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 779 e dell'11 settembre 2003 in causa n. C-211/01, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8913, nonché, da ultimo, le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 26 maggio 2005 in causa n. C-94/03, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea*. In dottrina v., per tutti, C. KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34 ss.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994 in causa n. C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 3, punti 16-17.

⁴¹ *Ivi*, punto 24.

⁴² *Ivi*, punto 28.

combinazione tra l'art. 300, la prassi internazionale del Collegio, e un ragionamento per analogia con l'art. 101 del Trattato EURATOM – tale disposizione stabilisce, come si è già visto, che la Commissione possa «negoziare e concludere essa stessa gli accordi o convenzioni, la cui esecuzione non richied[a] l'intervento del Consiglio e [possa] essere assicurata nei limiti del bilancio (...) senza far nascere nuovi obblighi finanziari per la Comunità, a condizione di renderne edotto il Consiglio». «[U]na semplice prassi – afferma la Corte – non può prevalere sulle norme del Trattato»⁴³; e il richiamo al Trattato EURATOM per ricostruire poteri analoghi della Commissione nel Trattato CE non può reggere perché «se i negoziatori dei due Trattati avessero voluto concedere alla Commissione le stesse competenze, l'avrebbero fatto esplicitamente»⁴⁴, visto che il Trattato CE e il Trattato EURATOM sono stati negoziati contemporaneamente e firmati lo stesso giorno. Né la Commissione può rivendicare il suo potere di concludere l'Intesa avvalendosi delle «competenze specifiche» nella politica sulla concorrenza che le sono conferite dal Trattato e dalla normativa comunitaria secondaria: «[a]nche se la Commissione è competente, sul piano interno, ad adottare decisioni individuali di applicazione delle norme sulla concorrenza, settore che rientra nell'accordo, questa competenza interna non è tale da modificare la ripartizione delle competenze tra le istituzioni comunitarie in materia di conclusioni di accordi internazionali, ripartizione che è fissata dall'art. 228 [ora 300] del Trattato»⁴⁵.

La Corte ha concluso, pertanto, che gli argomenti presentati dalla Commissione non indicano alcun fondamento giuridico sul quale poter legittimamente poggiare il potere del Collegio di stipulare l'Accordo di cooperazione *antitrust*. Di conseguenza, avendo riscontrato l'incompetenza della Commissione a concludere l'accordo controverso, è stato annullato l'atto con il quale tale istituzione «ha inteso concludere l'Accordo con gli Stati Uniti»⁴⁶.

Va qui sottolineato che la perentorietà con la quale la Corte ha dichiarato l'incompetenza della Commissione a concludere l'Intesa CE/USA riguarda, per l'appunto, solo l'Intesa in oggetto. Pertanto, la sentenza dell'agosto 1994 non può essere considerata come una condanna dell'intera attività pattizia precedentemente posta in essere dalla Commissione. Rispetto a tale prassi occorrerà, allora, interrogarsi caso per caso sulla possibilità di identificare una base giuridica, e tenere ancora una volta a mente che, come si è già sottolineato, l'Accordo sull'applicazione del diritto *antitrust* si discosta da tale prassi, soprattutto per la sua natura di atto di politica estera.

⁴³ *Ivi*, punto 36.

⁴⁴ *Ivi*, punto 39.

⁴⁵ *Ivi*, punto 41.

⁴⁶ *Ivi*, punto 43.

Inoltre, bisogna anche mettere in rilievo il clima politico in cui la Corte si trovò a dover decidere, particolarmente teso rispetto alla lealtà della condotta della Commissione sul piano internazionale. L'inizio degli anni Novanta, infatti, è proprio il periodo in cui il Collegio si trovava nell'occhio del ciclone a causa del c.d. «Accordo di Blair House», l'intesa che i Commissari Andriessen e Mac Sherry raggiunsero con gli Stati Uniti nel novembre 1992, per risolvere la questione agricola nello scorcio finale dell'Uruguay Round. L'Accordo di Blair House venne considerato dalla Francia eccessivamente "liberale" e lesivo degli interessi degli agricoltori transalpini. A seguito di un intenso e determinato lavoro diplomatico, la Francia riuscì a far convergere sulle sue posizioni anche gli altri Stati europei, ottenendo due risultati positivi – uno di carattere immediato, ed uno, invece, destinato a mantenere i suoi effetti nel tempo – sotto il profilo di una maggiore incidenza del peso degli Stati membri nei meccanismi decisionali delle relazioni esterne. Da un lato, infatti, la Commissione fu rispedita al tavolo dei negoziati per ottenere "chiarimenti significativi", dunque modifiche sostanziali, sull'intesa sugli scambi agricoli; dall'altro, la collisione tra Parigi e Bruxelles ha prodotto conseguenze di carattere sistematico, traducendosi nella redazione, da parte del Consiglio, di mandati negoziali meno generici e flessibili, e, soprattutto, in una maggiore sorveglianza sull'operato della Commissione con gli Stati terzi⁴⁷. Ovviamente, la Corte di giustizia, che si era presa ben tre anni per deliberare sul ricorso francese, aveva un quadro perfettamente chiaro del contesto politico in cui la sua sentenza sui poteri esterni della Commissione avrebbe dovuto trovare posto. Avrebbe potuto scegliere di dichiarare il ricorso irricevibile, "approfittando" della leggerezza francese, che aveva impugnato l'Accordo CE/USA anziché la decisione della Commissione che lo aveva adottato. E, occupandosi dell'eccezione di ricevibilità, i giudici di Lussemburgo avrebbero potuto fornire tutti gli elementi di diritto costituzionale comunitario per stabilire l'incompetenza della Commissione a concludere l'Accordo CE/USA, elementi dei quali il Collegio non avrebbe potuto non tener conto per la sua attività futura. Scegliendo risolutamente di annullare la decisione con la quale la Commissione aveva approvato l'Intesa sulla cooperazione *antitrust*, la Corte ha, evidentemente, voluto inviare un segnale ben preciso al Collegio, come anche agli altri protagonisti della vita comunitaria. L'invito partito da Lussemburgo era quello a individuare una soluzione condivisa sulla veste giuridica da dare all'attività di cooperazione amministrativa internazionale della Commissione,

⁴⁷ Sul punto cfr. S. MEUNIER - K. NICOLAIDIS, *Who Speaks for Europe? The Delegation of Trade Authority in the EU*, in *JCMS*, 1999, p. 477-501; S. MEUNIER, *What Single Voice? European Institutions and EU-U.S. Trade Negotiations*, in *International Organizations*, 2000, p. 103-135, p. 121 ss.; N. NUGENT, *The European Commission*, New York, Palgrave, 2001, p. 310 ss.; D. WEBBER, *High Midnight in Brussels: An Analysis of the September 1993 Council Meeting on the GATT Uruguay Round*, in *Journal of European Public Policy*, 1998, p. 578-594.

attività sulla cui necessità tutti convenivano, salvo poi rimanere divisi sugli strumenti attraverso i quali perseguirla e realizzarla⁴⁸.

⁴⁸ Per quanto riguarda, in particolare, la sorte dell'Accordo di cooperazione sul diritto *antitrust*, esso, conformemente ai dettami dell'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, è rimasto in vigore sino a quando non è stato riapprovato con decisione del Consiglio: si veda in proposito COM(94)430 def., *Comunicazione della Commissione al Consiglio concernente la cooperazione con gli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione del loro diritto della concorrenza, Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e la Comunità europea (nel seguito denominate "le Comunità europee") da un lato e il Governo degli Stati Uniti d'America dall'altro in merito all'applicazione del loro diritto della concorrenza*, Bruxelles, 12 ottobre 1994 e la successiva decisione del Consiglio e della Commissione del 10 aprile 1995 relativa alla conclusione dell'accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza (95/145/Ce, Ceca), in *Guce* n. L 95 del 27 aprile 1995, p. 45 cui è seguito un ulteriore accordo volto a precisare la nozione di cortesia positiva: decisione del Consiglio e della Commissione del 29 maggio 1998 relativa alla conclusione dell'accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "*comitas gentium*" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza (98/386/Ce, Ceca), in *Guce* n. L173/26 del 18 giugno 1998. Il modello di cooperazione bilaterale con gli Stati Uniti è stato esteso anche a Canada e Giappone: cfr. decisione del Consiglio e della Commissione del 29 aprile 1999 relativa alla conclusione dell'Accordo tra le Comunità europee e il Governo del Canada in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza (1999/445/Ce, Ceca), in *Guce* n. L 175 del 10 luglio 1999, p. 49 decisione del Consiglio 2003/520/Ce del 16 giugno 2003, relativa alla conclusione dell'accordo tra la Comunità europea e il governo del Giappone per la cooperazione in materia di atti anticoncorrenziali, in *Gu-Ue* n. L 183 del 22 luglio 2003, p. 11. Sul funzionamento degli accordi di cooperazione *antitrust* conclusi dalla Comunità v. COM(96)479 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza, 10 aprile 1995 - 30 giugno 1996*, Bruxelles, 8 ottobre 1996; COM(97)346 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza, 1 luglio 1996 - 31 dicembre 1996*, Bruxelles, 4 luglio 1997; COM(98)510 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza, 1 gennaio 1997 - 31 dicembre 1997*, Bruxelles, 11 maggio 1998; COM(99)439 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 1998*, Bruxelles, 2 aprile 1999; COM(2000)616 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, 1 gennaio 1999 - 31 dicembre 1999*, Bruxelles 4 ottobre 2000; COM(2002) 45 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione degli accordi fra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America e il Governo del Canada in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza dal 1° gennaio 2000 al 31 dicembre 2000*, Bruxelles, 29 gennaio 2002; COM(2002)505 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione degli accordi fra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America e il Governo del Canada in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, 1 gennaio 2001 - 31 dicembre 2001*, Bruxelles, 17 settembre 2002; COM(2003)500 def., *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione degli accordi fra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America e il Governo del Canada in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza, 1 gennaio 2002 - 31 dicembre 2002*, Bruxelles, 13 agosto 2003.

6. L'antidoto alla bocciatura della Corte: una "revisione lessicale" – sorretta da un solido quadro politico internazionale – per gli strumenti di cooperazione amministrativa della Commissione

Tuttavia, neppure l'incertezza provocata dalla sentenza dei supremi giudici è riuscita a determinare, negli ambienti comunitari, una chiara soluzione di diritto positivo sul *treaty making power* della Commissione. Gli attori istituzionali europei hanno preferito far confluire i loro sforzi verso una risposta di tipo politico-diplomatico alle esigenze dell'attività internazionale della Commissione, una scelta pragmatica che non solo ha incontrato il favore, ma è stata individuata anche con il concorso dei *partner* della Comunità europea, *in primis* degli Stati Uniti.

In sostanza, la Commissione ha completamente ribaltato la propria strategia, decidendo di rendere sistematiche e di fare accompagnare da un forte sostegno politico alcune scelte di carattere terminologico-istituzionale sporadicamente compiute sin dall'inizio degli anni Novanta. Essa ha rinunciato del tutto a rivendicare il suo *treaty making power* nella cooperazione amministrativa, preferendo operare il "declassamento" degli strumenti concordati con i Paesi terzi da accordi internazionali vincolanti a «arrangements pratiques de coopération (...) qui n'engendrent pas des droits et obligations en droit international public»⁴⁹, «arrangements administratifs informels entre administrations nationales»⁵⁰ sostenuti e delineati nell'ambito di una robusta concertazione politica definita al più alto livello istituzionale. L'intenzione della Commissione è, evidentemente, sottrarre dalla sfera d'applicazione dell'art. 300 CE le intese sul coordinamento delle attività tra servizi e dipartimenti raggiunte con i Paesi terzi, eliminando dai testi concordati con le amministrazioni statali straniere ogni elemento lessicale che potrebbe indurre l'interprete ad affermare di essere in presenza di un accordo internazionale. Ecco, dunque, che la Commissione e lo Stato terzo di volta in volta interessato, ricalcando precisazioni linguistiche saltuariamente apparse in precedenti accordi amministrativi⁵¹, si premurano di evidenziare che il "documento" da essi sottoscrit-

⁴⁹ *Mémoire en défense déposé par la Commission des Communautés européennes dans l'affaire n. C-233/02*, Bruxelles, 6 Septembre 2002, punto 40.

⁵⁰ *Ivi*, punto 41.

⁵¹ Cfr. *l'Arrangement Between the Commission of the European Communities and the Government on New Zealand for Cooperation in Science and Technology*, firmato a Wellington il 17 maggio 1991, e *l'Administrative Arrangement Between the Commission of the European Communities and the Government of the Republic of Korea for Cooperation in Science and Technology*, firmato a Bruxelles il 12 novembre 1992, ove si sottolinea che l'intesa sottoscritta «does not create obligations binding under international law», oppure *l'Administrative Arrangement between the Commission and the US Bureau of Mines for the exchange of information on technological aspects of the minerals industry*, firmato a Bruxelles il 2 febbraio 1993, in cui si afferma che «[t]his Administrative Arrangement is not intended to create obligations binding under international law».

to verrà applicato su base esclusivamente volontaria⁵², non comporta modifiche né del diritto nazionale né di accordi internazionali⁵³, e, più in generale, costituisce un «non-legally binding document»⁵⁴ che, in quanto tale, «does not contain legal obligations for the Parties»⁵⁵, poiché «[it is] not intended to create obligations under international law»⁵⁶. Anche il Collegio sceglie, così, di avvalersi di uno strumento di *soft law*, un'opzione sempre più frequente nel panorama della collaborazione tra amministrazioni nazionali e internazionali. Queste ultime, infatti, a causa dell'interdipendenza dei settori tecnici ed economici e degli obblighi di cooperazione che contraddistinguono il sistema multilaterale degli scambi⁵⁷, da tempo si trovano nella necessità di darsi delle forme stabili di coordinamento. La soluzione dell'intesa internazionale non vincolante si presenta come ottimale per le sue caratteristiche di flessibilità e dinamicità, in quanto consente di superare le incertezze di ordine istituzionale con riferimento ai poteri, sul piano internazionale, di esecutivi, ministeri, amministrazioni e dipartimenti, e dota i suoi firmatari di uno strumento che mantiene intatta la loro discrezionalità e la loro autonomia, poiché è espres-

⁵² «This document sets forth the Guidelines which regulators of the U.S. Federal Government and the services of the European Commission intend to apply *on a voluntary basis* as broadly as possible». *Guidelines on Regulatory Cooperation and Transparency*, cit. supra, nota 8, Sezione III, par. 7. Corsivo aggiunto.

⁵³ «These Guidelines should be implemented in ways that ... *b.* are fully consistent with any applicable domestic requirements, including rules and policies on transparency of government activities to the public at large, and preserve the integrity of the domestic regulations development process; and *c.* are fully consistent with any applicable international rights and obligations, including those of the World Trade Organization, in particular under the Agreement on Technical Barriers to Trade». *Guidelines on Regulatory Cooperation and Transparency*, cit. supra, nota 8, Sezione II, par. 5.

⁵⁴ *Government of Canada - European Commission Framework on Regulatory Co-operation and Transparency*, 21 December 2004, Sezione A-I, par. 4.

⁵⁵ *Arrangement on the Sharing of Non-Public Information*, allegato al *Government of Canada - European Commission Framework on Regulatory Co-operation and Transparency*, 21 December 2004.

⁵⁶ *Guidelines for Information Exchange and on Administrative Cooperation between the U.S. Consumer Product Safety Commission and the Directorate-General Health and Consumer Protection of the European Commission*, February 2005.

⁵⁷ Sempre più spesso le regole di liberalizzazione degli scambi vanno a scontrarsi con normative nazionali che riflettono approcci culturali radicalmente diversi tra i membri del sistema OMC – si pensi, ad esempio al rapporto tra liberalizzazione degli scambi e la considerazione delle condizioni ambientali e sociali, anche di benessere degli animali, nella produzione di un bene. I *panel* e, soprattutto, l'Organo d'appello del meccanismo ginevrino, prima di giustificare tali misure unilaterali interne, sulla base delle numerose deroghe consentite dal sistema di Marrakech, hanno forgiato l'obbligo, per gli Stati interessati, di entrare in consultazioni per concludere intese che soddisfino tutte le parti in causa, contemperando libero scambio e gli altri valori – ambientali, sociali, ecc. – cui tende la disciplina nazionale contestata. Su tale principio di cooperazione internazionale, scaturito dal *case-law* dell'OMC, in particolare nel contenzioso *Gamberetti/Tartarughe* (WT/DS58) cfr. E. BARONCINI, *Il diritto di informazione del consumatore negli Accordi GATT e TBT: l'approccio dell'Unione europea*, in G. VENTURINI - G. COSCIA - M. VELLANO (a cura di), *Le nuove sfide per l'Organizzazione mondiale del commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 285-322, p. 291 ss.

samente indicato che l'esecuzione dell'accordo – o, che dir si voglia, "documento" – da essi sottoscritto è meramente volontaria⁵⁸.

La tecnica dei "non-binding administrative arrangements", degli "instruments juridiquement non obligatoires", è ben nota e praticata da tutti gli Stati membri europei, e il suo tratto distintivo è proprio l'assenza dell'intenzione delle parti di assumere vincoli giuridici internazionali, come chiaramente attestano i risultati di un questionario predisposto dal Segretariato del Consiglio negli anni Novanta⁵⁹. In quel periodo, le capitali europee avallano tacitamente la svolta della Commissione: continuamente coinvolte nella preparazione dell'ambito politico in cui sono poi stati collocati gli accordi amministrativi, e costantemente informate dell'andamento e degli esiti delle consultazioni della Commissione con gli Stati terzi, esse paiono proprio dare il loro *imprimatur* ad un coordinamento del Collegio con le amministrazioni straniere costruito su intese informali. Anzi, proprio con specifico riferimento all'Accordo sugli Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di trasparenza raggiunto nel 2002 tra la Commissione europea e il Rappresentante degli Stati Uniti per il commercio (*United States Trade Representatives*, USTR) l'atteggiamento complessivamente favorevole degli Stati membri alla soluzione istituzionale della Commissione ha fornito una solida base politica per il parere che il servizio giuridico del Consiglio ha reso sulla natura, vincolante o meno, di tale Accordo. Gli esperti legali dell'istituzione intergovernativa, chiamati ad esprimersi a seguito delle perplessità avanzate dalla sola Francia sulla competenza della Commissione a sottoscrivere le *Guidelines*, hanno chiaramente affermato che le Linee Guida non sono «an Agreement in international law creating rights and obligations for the European Community as such», ma «an informal administrative arrangement between the European Commission departments and the competent United States authorities which establishes vo-

⁵⁸ «[L]awyers practising in foreign or other ministries deliberately utilise instruments which employ carefully chosen terminology to indicate that, rather than creating international legal rights and obligations, the intention of the participants is to record no more than mutual *understandings* as to how they will conduct themselves (...) The existence of such instruments, and the extent to which they are a significant vehicle for the conduct of business between states, is not well known outside government circles. In fact, a large number of such instruments, bilateral and multilateral, are concluded every year covering a wide range of subjects. Most are never published (...) Such instruments have been variously described as "gentlemen's agreements", "non-binding agreements", "de facto agreements" and "non-legal agreements". These non-legally binding instruments are most commonly referred to by the initials "MOU". This is short for "Memorandum of Understanding", since this is the name most often given to them». A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 17-18 e 26 ss.; R. BAXTER, *International Law in Her Infinite Variety*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1980, p. 549-566; O. SCHACTER, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in *AJIL*, 1977, p. 296-304; M. VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique*, Institut de Droit International, Vol. 60, Tome I, 1983; E. BROWN WEISS (ED.), *International Compliance with Nonbinding Accords*, ASIL, Washington D.C., 1997.

⁵⁹ PESC/SEC 899, *Questionnaire concernant les procédures internes des États Membres pour la conclusion d'accords internationaux approuvés selon une procédure simplifiée ou d'accords juridiquement non obligatoires*, Bruxelles, 9 agosto 1996.

luntary procedures for cooperation», richiamando anche il principio secondo il quale «the Commission does have the power to negotiate and conclude such arrangements, providing that they do not contain legal undertakings which bind the Community»⁶⁰.

L'impostazione informale degli ambienti comunitari è condivisa anche dagli Stati Uniti, il principale *partner* dell'Unione europea, la cui amministrazione intende procedere sul piano internazionale superando i passaggi sempre più rigidi che, a poco a poco, sono andati caratterizzando il sistema americano nella gestione delle relazioni internazionali. Come noto, l'ordinamento costituzionale statunitense riserva al Presidente, «with the advice and consent» di due terzi del Senato⁶¹, il potere di concludere gli atti internazionali di maggior rilievo, indicati come "trattati", *treaties*⁶². Gli accordi che, in base al diritto USA, non vanno qualificati *treaties*, sono *executive agreements* – stipulati direttamente dal solo Presidente degli Stati Uniti (*sole executive agreements*) oppure previamente autorizzati a livello legislativo (*congressional-executive agreements*)⁶³. Inoltre, il sistema istituzionale nordamericano ha, da tempo, riconosciuto ai vertici dell'amministrazione USA – siano essi dipartimenti o agenzie, le quali concludono un particolare tipo di *executive agreements*, i c.d. *agency-level* (o *agency-to-agency*) *agreements* –⁶⁴ la possibilità di sotto-

⁶⁰ Il parere reso dal servizio giuridico del Consiglio è del maggio 2002; ne abbiamo avuto notizia attraverso un'intervista con un funzionario di tale istituzione comunitaria.

⁶¹ Articolo II, sezione 2, della Costituzione degli Stati Uniti.

⁶² «[T]he word treaty does not have the same meaning in the United States and in international law. Under international law, a "treaty" is any legally binding agreement between nations. In the United States, the word treaty is reserved for an agreement that is made "by and with the Advice and Consent of the Senate" (Article II, Section 2, Clause 2 of the Constitution). International agreements not submitted to the Senate are known as "executive agreements" in the United States, but they are considered treaties and therefore binding under international law». *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate - A Study Prepared for the Committee on Foreign Relations United State Senate by the Congressional Reserve Service Library of Congress*, January 2001, a p. 2. Sul potere di concludere accordi nel sistema costituzionale statunitense v. R. E. DALTON, *National Treaty Law and Practice: United States*, in M. LEIGH - M. R. BLAKESLEE - L. B. EDERINGTON (EDS.), *National Treaty Law and Practice*, ASIL, Washington D.C., 1999, Ch. 6; K. C. RANDALL, *The Treaty Power*, in *Ohio State Law Journal*, 1990, p. 1089-1126.

⁶³ D. P. OULTON, *A Review of Executive Agreements from the Standpoint of Current Case Law*, in *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 1999, p. 101-130; J. R. PAUL, *Implementing Regulatory Cooperation Through Executive Agreements and the Problem of Democratic Accountability*, in G. A. BERMANN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Co-operation - Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 385-403.

⁶⁴ Nel sistema americano il Congresso spesso delega ad "agenzie federali" l'autonomia necessaria ("administrative rule-making") a porre in essere le discipline tecniche, pur mantenendo diverse forme di controllo e di intervento sul loro operato. Nella maggior parte dei casi, il mandato congressuale indica gli obiettivi generali per la cui realizzazione le agenzie ricevono il potere normativo (si parla, allora, di "enabling legislation"), nonché i fattori che devono essere tenuti presenti nel porre in essere le discipline tecniche. Deputati e senatori, però, possono anche integrare la *enabling legislation* quantificando il tipo di benefici attesi, stabilendo il termine entro il quale gli enti USA devono eseguire il compito loro affidato, fino ad arrivare a richiedere specificamente alle agenzie l'adozione di un particolare *standard*. Laddove il Congresso non condivida gli atti approvati dalle agenzie, esso ha la possibilità di respingerli in blocco grazie al *Congressional Review Act*, che impone la notifica sistematica al legislatore federale di tutta la normativa tecnica, affinché questa pos-

scrivere accordi in luogo del Presidente. Quest'ultimo, infatti, in base ad una consolidata giurisprudenza e dottrina, può esercitare le proprie funzioni esecutive delegandole ai singoli Ministri, così come alle cariche più rappresentative dei pubblici uffici, i quali potranno, a nome degli Stati Uniti, assumere impegni internazionali nei confronti di Stati terzi⁶⁵. Gli *executive agreements*, nelle loro diverse versioni, sono, così, divenuti prevalenti negli affari esteri degli Stati Uniti. Ciò ha portato prima il Senato e poi anche la Camera dei deputati a ricercare dei meccanismi per far sì che il loro ruolo costituzionale sul piano delle relazioni internazionali non venisse indebitamente compresso, assicurando che gli impegni più importanti degli Stati Uniti fossero assunti con un'approvazione a livello legislativo. Nel 1972 il Congresso USA ha, quindi, adottato il *Case-Zablocki Act*, una legge che richiede all'esecutivo di tenere costantemente informate le camere legislative attraverso una sistematica notifica di tutti gli accordi conclusi dagli Stati Uniti⁶⁶. Pertanto, oltre a presentare al Senato, al fine di ottenere l'*advice and consent* prescritto dalla Costituzione, gli impegni internazionali qualificabili, in base al diritto USA, come *treaties*, il governo americano deve sistematicamente inoltrare a senatori e deputati, entro 60 giorni dalla sua entrata in vigore, ogni tipo di intesa raggiunta da segretari, dipartimenti e agenzie, purché detta intesa sia suscettibile di essere considerata come produttiva di effetti giuridici vincolanti sul piano internazionale. Per mettere il Congresso nelle condizioni di operare un controllo capillare del *treaty making power* esercitato dall'amministrazione, e per garantire il rispetto dell'indirizzo federale in materia di politica estera da parte di tutti i ministeri e di tutte le agenzie, il *Case-Zablocki Act* ha posto in capo al Dipartimento di Stato e al suo Segretario il compito di assicurare coordinamento e informazione. Nelle successive modifiche⁶⁷ e nei conseguenti regolamenti

sa essere esaminata per l'eventuale rigetto. Inoltre, il Congresso, essendo l'autorità di bilancio, può sempre tagliare i fondi alle agenzie per impedire loro l'applicazione di una disciplina non condivisa. Su questo aspetto del sistema istituzionale statunitense v. G. A. BERMANN, *International Regulatory Cooperation and US Federalism*, in G. A. BERMANN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Co-operation - Legal Problems and Political Prospects*, cit. supra, nota 63, p. 373-384; J. R. MACEY, *US and EU Structures of Governance as Barriers to Transatlantic Regulatory Cooperation*, *ivi*, p. 357-371, p. 366-367; G. A. BERMANN, *Regulatory Federalism: European Union and United States*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1997, Vol. 263, p. 9-148; K. FEITH, *Statement*, in *The Limits of Liberalization: Regulatory Cooperation and the New Transatlantic Agenda - A Conference Report*, American Institute for Contemporary German Studies and The Johns Hopkins University, Washington D.C., 16 January 1997, p. 44-47. V. anche l'ottima presentazione del processo normativo tecnico statunitense di cui alla sezione 4 dell'allegato VI della pubblicazione della Commissione economica per l'Europa *World Forum for Harmonization of Vehicle Regulations (WP.29) - How It Works, How to Join It*, United Nations, New York, Geneva, 2002, p. 102-120.

⁶⁵ Cfr. D. J. KUCHENBECKER, *Agency-Level Executive Agreements: A New Era In US Treaty Practice*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1979, p. 1-77.

⁶⁶ Public Law 92-403, *Law on Transmittal of U.S. International Agreements to Congress* (August 22, 1972), in *ILM* 1972, p. 1117.

⁶⁷ Public Law 95-426, *Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Year 1979, Amendments to the Case-Zablocki Act* (October 7, 1978), in *ILM*, 1979, p. 82.

attuativi⁶⁸, si è, così, stabilito che le agenzie non possono concludere accordi se non previa consultazione con il Segretario di Stato (il quale ha anche il potere di decidere se gli atti sottoposti siano o meno accordi internazionali), e che ogni settore dell'amministrazione deve inoltrare al Dipartimento di Stato gli accordi sottoscritti entro 20 giorni dalla firma, accompagnando la notifica con una dichiarazione che illustri l'intesa raggiunta, i suoi negoziati, i suoi effetti, e, soprattutto, «a precise citation of legal authority»⁶⁹. Inoltre, per evitare che l'esecutivo proceda con eccessiva "parsimonia" a riconoscere la natura di *treaties* agli impegni internazionali americani, bypassando con disinvoltura il vaglio del Senato, la procedura *Case-Zablocki* prevede la redazione, da parte del Segretario di Stato, di una lista degli accordi internazionali più significativi, con l'indicazione della relativa base giuridica e della qualifica come *treaties* o *executive agreements*. Tale lista viene trasmessa ai Comitati del Senato e della Camera dei deputati che si occupano di affari internazionali, dando, così, luogo ad una consultazione tra il ramo legislativo e quello esecutivo sulla forma più appropriata da assegnare ad un determinato atto⁷⁰.

È evidente che anche il quadro istituzionale statunitense ha incoraggiato l'amministrazione federale verso una semplificazione della sua azione internazionale, in linea con la trasformazione, operata dalla Commissione europea, degli strumenti di collaborazione con gli Stati terzi da accordi vincolanti ad intese informali. Questa forma di "attenuazione istituzionale", infatti, permette all'esecutivo USA, in particolare alle sue numerose agenzie, di sottrarsi alla procedura *Case-Zablocki*. Anzi, non è affatto da escludere che tale via d'uscita sia stata persino concordata tra i servizi giuridici delle due potenze: va ricordato che l'articolato quadro della cooperazione UE/USA include due incontri all'anno tra lo *State Department Legal Adviser* e il Direttore generale del servizio giuridico della Commissione. Di fronte alle comuni difficoltà istituzionali, dovute alla sentenza comunitaria del 1994 e al metodo *Case-Zablocki*, e alla altrettanto comune necessità di una cooperazione tra i rispettivi settori amministrativi che sia stabile, continuativa, e priva di incertezze

⁶⁸ *Coordination and Reporting of International Agreements, State Department Regulations, Regulations of the Secretary of State, 22 CFR Part 181*, pubblicato anche in *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate - A Study Prepared for the Committee on Foreign Relations United State Senate by the Congressional Reserve Service Library of Congress*, January 2001, p. 351 ss. La procedura *Case-Zablocki* ha poi dato origine a tutta una serie di regole interne dei Dipartimenti e delle agenzie USA per rispettare gli obblighi di notifica al Congresso e di coordinamento con il Segretario di Stato: v., ad esempio, NASA, *Authority to Enter Into Space Act Agreements*, Directive NASA Policy Directive 1050.IG, November 13, 1998, e U.S. Department of Agriculture, *International Activities and Agreements of USDA Agencies*, Departmental Regulation no. 1051-002, December 22, 2004.

⁶⁹ 22 CFR Part 181, Section 7, *Transmittal to the Congress*.

⁷⁰ Cfr. *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate - A Study Prepared for the Committee on Foreign Relations United State Senate by the Congressional Reserve Service Library of Congress*, January 2001, Ch. X, *Congressional Oversight of International Agreements*, Part B, *Consultations on Form of Agreements*, a p. 233.

con riferimento agli strumenti impiegati, la soluzione dei "non-binding administrative arrangements" rappresenta sicuramente una risposta ottimale alle esigenze delle due sponde dell'Atlantico⁷¹.

7. Il quadro di concertazione politica transatlantica in cui si decide di procedere alla redazione delle Linee Guida UE/USA in materia di cooperazione normativa e trasparenza

Alla luce di quanto appena riportato, non può certo stupire che il rinnovamento istituzionale praticamente imposto dalla sentenza della Corte di giustizia del 1994 sia stato portato a compimento proprio nell'ambito del Dialogo transatlantico. Quest'ultimo è il quadro di *soft institutionalization* delle relazioni tra Stati Uniti ed Europa, preferito – per il suo carattere dinamico e flessibile, capace di costante e rapida evoluzione poiché privo del peso delle procedure decisionali ordinarie che contraddistinguono la formale assunzione di impegni internazionali – alla predisposizione di laboriosi e solenni trattati, i quali, inevitabilmente, avrebbero comportato tempi non brevi e meccanismi di funzionamento non leggeri, prima per la loro redazione, approvazione e entrata in vigore, e, successivamente, per la loro gestione e messa a punto⁷². Avviato con la Dichiarazione transatlantica del 1990 (*Transatlantic Declaration*, TAD)⁷³, il Dialogo transatlantico è fatto di incontri regolari al più alto livello su settori sempre più numerosi e sempre più articolati, assistiti da tavoli bilaterali che lavorano costantemente per realizzare gli obiettivi di volta in volta fissati.

Parimenti, non può sorprendere che il settore in cui si è perfezionata, in ogni suo dettaglio, la "metamorfose" verso le intese amministrative informali sia proprio quello della cooperazione normativa, ossia il campo della collaborazione UE/USA nella regolamentazione tecnica. Come noto, nell'ambito del

⁷¹ Sul *legal dialogue* tra i servizi giuridici europei e statunitensi cfr. D. R. ANDREWS, *Listening in on the US-EU Legal Dialogue*, in G. A. BERMAN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Co-operation - Legal Problems and Political Prospects*, cit. supra, nota 63, p. 35-38; J.-L. DEWOST, *Globalization and the Rule of Law*, ivi, p. 29-33.

⁷² Durante la sua visita a Berlino nel novembre 1989, l'allora Segretario di Stato USA, James Baker, aveva già sottolineato che ciò che importava era stabilire un dialogo politico transatlantico che fosse regolare, senza porre pregiudiziali sulla forma istituzionale nell'ambito della quale detto dialogo avrebbe dovuto essere condotto: «[w]e propose that the EC and the USA work together to achieve, whether it is in treaty or some other form, a significantly strengthened set of institutional and consultative links». Dichiarazione riportata da J. ROOD, *Transatlantic Economic Relations in A New Era*, in P. VAN DIJCK - G. FABER (EDS.), *The External Economic Dimension of the European Union*, The Hague, Boston, London, Kluwer Law International, 2000, p. 177-193, a p. 185, e P. WINAND - É. PHILIPPART, *From "Equality Partnership" to the "New Transatlantic Agenda": Enduring Features and Successive Forms of the US-EU Relationship*, in É. PHILIPPART - P. WINAND (EDS.), *Ever Closer Partnership - Policy-Making in US-EU Relations*, Presses interuniversitaires européennes/Peter Lang, Bruxelles-Bern-Berlin-Frankfurt/M-New York-Oxford-Wien, 2001, p. 29-55, a p. 43.

⁷³ *Transatlantic Declaration of 22 November 1990*, in <http://www.eurunion.org>, sito consultato il 10 febbraio 2004.

sistema multilaterale degli scambi, con l'eccezione di alcuni picchi tariffari che colpiscono certi prodotti sensibili⁷⁴, gli Stati Uniti e l'Unione europea hanno drasticamente ridotto le barriere commerciali classiche suscettibili di ostacolare l'accesso ai rispettivi mercati. Pertanto, i problemi all'incremento degli scambi transatlantici sono principalmente dovuti alle divergenze nel campo della regolamentazione tecnica, vale a dire alle diverse soluzioni individuate per contemperare le esigenze del commercio e la tutela del consumatore, dell'ambiente, della salute, del lavoratore, come anche del benessere degli animali. Infatti, la molteplicità delle discipline tecniche interne costituisce, di per sé, una potente barriera non tariffaria agli scambi, poiché, indipendentemente dal fatto che essa sia espressione di un intento protezionistico, o il risultato di una mera casualità, la "varietà" normativa impone agli operatori economici di confrontarsi con più sistemi giuridici, il che comporta un inesorabile aumento dei costi, legato alla necessità di commerciare prodotti rispondenti a più sistemi normativi, e, comunque, anche il rischio di una contrazione – o, addirittura, di una esclusione – con riferimento agli affari nei Paesi terzi. Certo, sia gli Stati Uniti che l'Unione europea appartengono all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), e possono demandare ai *panel* e all'Organo d'appello facenti capo a tale ente il compito di stabilire se una regola tecnica sia o meno compatibile con le norme del sistema multilaterale. Ma, pur essendo tale rimedio di carattere giurisdizionale di grande importanza, esso, purtroppo, ha, in alcuni casi, già dimostrato di non essere sempre risolutivo. Basti pensare al caso della *Carne agli ormoni*, dove la disciplina comunitaria e quella statunitense sono da decenni in collisione, pur proclamando entrambe di voler garantire il livello più elevato di tutela del consumatore⁷⁵. Non si tratta che di un esempio dei molti problemi che creano le discipline tecniche divergenti – all'orizzonte, peraltro, incombe la sfida tra le normative UE

⁷⁴ Ad esempio, il vasellame, in vetro e in ceramica, per gli arredamenti di hotel e ristoranti di origine europea è attualmente sottoposto a dazi che oscillano tra il 26% e il 38% del suo valore; alcuni articoli tessili possono raggiungere il 32,5%, mentre diverse calzature hanno un dazio che può arrivare al 48%. European Commission, *2003 Report on United States Barriers to Trade and Investment*, Brussels, December 2003, p. 15-16.

⁷⁵ Il caso sulla *Carne agli ormoni* è diventato una vera e propria saga del sistema OMC, poiché è stato introdotto subito dopo l'entrata in vigore degli Accordi di Marrakech, e, ancora non ha trovato una soluzione, nonostante i numerosi *report* e lodi arbitrali, che hanno condannato e sanzionato la Comunità europea, senza che, però, quest'ultima, di fatto, abbia mai proceduto a modificare la propria disciplina sulla somministrazione di ormoni per la crescita agli animali d'allevamento (cfr., ad esempio, WT/DS26/AB/R, *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, *Report of the Appellate Body*, 16 January 1998). Da ultimo, la Comunità, affermando di avere adottato nuove prove scientifiche che le permetterebbero di mantenere i divieti tanto contestati, ha attaccato gli Stati Uniti e il Canada per far dichiarare illegittime le contromisure che essi hanno, comunque, mantenuto, non ritenendo soddisfacente quanto prodotto dalla Comunità europea: cfr. WT/DS320/1, *United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Disputes*, Request for Consultations by the European Communities, 8 November 2004, WT/DS320/6, *United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Disputes*, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, 14 January 2005.

e USA sugli OGM – ⁷⁶ il quale dimostra quanto gravoso, a volte persino illusorio, possa risultare provare a modificare una normativa tecnica di uno Stato anche laddove essa sia già stata condannata dal sistema OMC, poiché spesso si tratta di discipline che riflettono compromessi interni tra obiettivi confliggenti raggiunti molto faticosamente, e/o approcci sociali e culturali costituenti il tratto distintivo di una data società nazionale che si rivelano diametralmente opposti a quelli espressi da altre comunità.

Dinanzi a un tale scenario, le autorità della Comunità e degli Stati Uniti, opportunamente indirizzate anche dalla società civile europea e americana, hanno pensato di approntare una strategia di cooperazione basata sul confronto preventivo e sulla più ampia partecipazione di tutte le parti interessate nella fase di progettazione delle discipline tecniche. Alla fine degli anni '90, in occasione del Vertice di Londra del 18 maggio 1998, l'Unione europea e gli Stati Uniti adottano una dichiarazione congiunta sul Partenariato Economico Transatlantico (*Transatlantic Economic Partnership*, TEP), ove indicano la ferma intenzione di concentrare i loro sforzi sull'eliminazione degli ostacoli che hanno un'incidenza significativa sul commercio e gli investimenti transatlantici, in particolare sugli impedimenti di natura regolamentare che limitano le opportunità di accesso alle merci e ai servizi. Per fare questo, i due *partner* annunciano di voler predisporre al più presto un piano che identifichi i settori oggetto di azioni comuni e i risultati da raggiungere in tali campi, e, quindi, dichiarano di voler adottare tutte le misure necessarie a consentire l'attuazione di quei risultati. Il TEP ha, comunque, cura di precisare che esso non conferisce alcun mandato negoziale all'Unione europea⁷⁷. Il 9 novembre 1998, il Consiglio dei ministri UE ha adottato il Piano d'azione (*Action Plan*) relativo al TEP elaborato congiuntamente dagli Stati Uniti e dall'Unione⁷⁸. Nella terza parte di tale Piano, la sezione dedicata agli ostacoli tecnici alle merci comprende un paragrafo dedicato alla "Cooperazione normativa" (*Regulatory Cooperation*), che stabilisce l'impegno dell'Unione europea e degli Stati Uniti a individuare congiuntamente dei principi, delle linee guida, per una efficace collaborazione nell'ambito della disciplina tecnica. Accanto al tradizionale dialogo tecnico, il Piano d'azione prevede che i principi da elaborare riguar-

⁷⁶ La disputa vede gli Stati Uniti, il Canada e l'Argentina contro la Comunità europea per via della restrittiva legislazione di quest'ultima sugli organismi geneticamente modificati (v. WT/DS291/1, *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Request for consultations by the United States, 20 May 2003; WT/DS291/23, *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Request for the Establishment of a Panel by the United States, 8 August 2003). Dopo numerosi rinvii, il *Panel* ha comunicato che sarà nelle condizioni di consegnare il proprio *report* nel dicembre 2005.

⁷⁷ «Nothing in this text constitutes an EU negotiating mandate». *The Transatlantic Economic Partnership*, EU/US Summit, London, 18 May 1998, par. 17, in <http://www.eurunion.org/partner/simmit/Summit9805/econpart.htm>, sito consultato il 10 febbraio 2004.

⁷⁸ Comunicato stampa del Consiglio dell'Unione europea n. 12560/98. Il testo del Piano d'azione è allegato al Comunicato stampa.

dino anche il rispetto della trasparenza e la possibilità per tutte le parti interessate di partecipare ai procedimenti normativi della controparte.

8. Il convergere delle ragioni statunitensi e di quelle europee nella definizione delle *Guidelines*

I profili di trasparenza e partecipazione nella preparazione delle proposte sulle discipline tecniche sono stati inseriti a seguito di forti pressioni statunitensi, per rimediare alle notevoli difficoltà incontrate dalle autorità federali e dalle parti private statunitensi interessate ad illustrare le loro esigenze e riflessioni nell'ambito del procedimento decisionale europeo⁷⁹. Gli USA intendevano far sì che l'Unione approntasse, nei propri meccanismi di preparazione delle regole tecniche, alcuni precisi momenti di partecipazione del pubblico, espressione di qualunque nazionalità. Essi volevano che tutti gli interessati potessero fare le loro osservazioni, e i contributi così presentati fossero adeguatamente presi in considerazione dalle amministrazioni incaricate di preparare una proposta normativa. In sostanza, gli Stati Uniti miravano ad una sorta di trasposizione sul piano dei rapporti bilaterali UE/USA dei principi di trasparenza e di consultazione con il pubblico che caratterizzano il procedimento nord-americano di formazione delle norme tecniche, previsto dall'*Administrative Procedure Act* (APA), in vigore dal 1946⁸⁰. In base all'APA, le agenzie federali degli Stati Uniti, delegate dal Congresso a predisporre le discipline tecniche, devono attenersi alla c.d. *notice and comment procedure*, in base alla quale le proposte – a volte anche la sola *intenzione* di redigere una proposta – per una regolamentazione deve essere pubblicata sul *Federal Register*, e non può essere approvata sino a quando non sia stato perfezionato l'*iter* volto a rendere l'atto finale il risultato di un processo aperto, partecipato e il più possibile inclusivo. Va sottolineato che possono presentare commenti alle

⁷⁹ Il Presidente del Consiglio Atlantico degli Stati Uniti parla di «U.S. frustration at often being unable to bring its concerns to bear on the EU's multi-dimensional decision-making process as effectively as it would like». Cfr. C. J. MAKINS, *Renewing the Transatlantic Partnership: Why and How?*, Statement prepared for The Subcommittee on Europe of the House International Relations Committee, 11 June 2003, in http://www.house.gov/international_relations/108/mak0611.htm, sito consultato il 2 luglio 2004. V. anche J. E. FRYDMAN, *Transparency in International Regulatory Cooperation, Third Market Access Symposium by the European Commission, Workshop N. 1: International Regulatory Co-operation*, Bruxelles, 28 November 2000, in http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/gov_relations/internatl_regul_coop_eu_us, sito consultato il 23 aprile 2004.

⁸⁰ «American-style rulemaking is the great invention of the American Administrative Procedure Act (APA)». Così P. L. STRAUSS, *The Challenges of Globally Accessible Process*, in G. A. BERMAN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Co-operation - Legal Problems and Political Prospects*, cit. supra, nota 63, p. 547-567, a p. 548. V. anche P. L. STRAUSS, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, in *Wake Forest Law Review*, 1996, p. 745-777; e *The Administrative Procedure Act*, in <http://www.ombwatch.org/article/articleprint/176/-1/161/>, sito consultato il 6 maggio 2004. L'APA è codificato in 5 USC §551.

agenzie tutte le parti interessate «regardless of national origin or geographic location»⁸¹, dunque anche soggetti stranieri e Stati terzi⁸². Inoltre, l'interesse statunitense a negoziare delle linee guida per una efficace cooperazione normativa risulta notevolmente accresciuto dalla prospettiva dell'allargamento dell'Unione europea ai dieci nuovi Stati membri, in quanto le regole comuni decise a Bruxelles, una volta perfezionato il processo di riunificazione, avrebbero dovuto essere rispettate non più in quindici, ma in venticinque Stati membri, con un notevole aumento degli effetti negativi per gli operatori economici USA che avessero incontrato problemi con le norme comunitarie di armonizzazione.

Sul versante europeo, la consapevolezza della necessità della cooperazione internazionale per allentare le difficoltà causate dagli ostacoli tecnici si combina alla ricerca di un rinnovamento del processo di elaborazione delle politiche dell'Unione e del metodo decisionale comunitario, che sfocia nella «strategia di Lisbona»⁸³, nel Libro bianco sulla *Governance* europea⁸⁴, e nella conseguente definizione di un *Better Lawmaking*⁸⁵. Il modo di legiferare più trasparente e in-

⁸¹ K. FEITH, *Statement, in The Limits of Liberalization: Regulatory Cooperation and the New Transatlantic Agenda - A Conference Report*, cit. supra, nota 64, p. 44.

⁸² La *notice and comment procedure* è espressione del convincimento che un processo decisionale non può dirsi democratico se non vede la partecipazione dei destinatari dell'atto, o, più in generale, di tutti coloro che sono suscettibili di subirne gli effetti: «all regulatory agencies are public agents and as such must accept and reflect public opinion» (Lorena Bark Malecha nel lavoro L. BARK MALECHA - J. MOFFET - N. ZALKIN, *San Francisco Bay Area Boatyards: A Case Study in Regulating Small Polluters*, in *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 1993, p. 453 s., a p. 467, riportato da J. R. MACEY, *US and EU Structures of Governance as Barriers to Transatlantic Regulatory Cooperation*, cit. supra, nota 64, p. 359).

⁸³ Come noto, nel vertice europeo di Lisbona del marzo 2000, il Consiglio europeo ha posto a tutte le istituzioni europee e agli Stati membri l'obiettivo di attivarsi per far sì che l'Unione diventi, entro il 2010, «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale». V. Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, punti 5 e 17.

⁸⁴ COM(2001)428 def., *La Governance europea - Un libro bianco*, Bruxelles, 25 luglio 2001. Su tale iniziativa della Commissione cfr. D. WINCOTT, *Looking Forward or Harking Back? The Commission and the Reform of Governance in the European Union*, in *JCMS*, 2001, p. 897-911.

⁸⁵ IP/02/825, *Verso procedure di consultazione migliori e una maggiore responsabilizzazione: un piano di modernizzazione per chiarire e migliorare la legislazione europea*, Comunicato stampa della Commissione europea del 5 giugno 2002. Nel documento COM(2002)275 def., *Comunicazione della Commissione - Governance europea: legiferare meglio*, Bruxelles, 5 giugno 2002, la Commissione illustra la propria strategia per operare la semplificazione e il miglioramento della legislazione europea previsti dal mandato del Consiglio europeo di Lisbona. Essa adotta, così, tre comunicazioni volte a permettere al sistema comunitario di "legiferare meglio": COM(2002)278 def., *Comunicazione della Commissione - Piano d'azione "semplificare e migliorare la regolamentazione"*, Bruxelles, 5 giugno 2002; COM(2002)276 def., *Comunicazione della Commissione in materia di valutazione d'impatto*, Bruxelles, 5 giugno 2002; COM(2002)277 def., *Comunicazione della Commissione - Documento di consultazione - Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo - Proposta di principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, Bruxelles, 5 giugno 2002. Quest'ultima, in particolare, è stata rivista a seguito delle osservazioni ricevute (COM(2002)704 def., *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo - Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, Bruxelles, 11 dicembre 2002). In tali ultimi due documenti, dedicati alla partecipazione del pubblico nella definizione di politiche e proposte da parte della

clusivo che contraddistingue il *Better Lawmaking* non è, però, da riservarsi alle questioni puramente interne: e la Commissione ha voluto trasporre sul piano della *governance* mondiale i tratti distintivi del suo nuovo approccio all'esercizio del pubblico potere proprio predisponendo le *Guidelines*⁸⁶, aprendosi, così, anche agli esponenti governativi e non governativi dei paesi terzi⁸⁷.

9. L'Accordo sugli Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di trasparenza e le peculiarità della sua tecnica redazionale

Pertanto, come previsto dall'*Action Plan* della TEP, nel luglio del 1999 si avviano le consultazioni per redigere i principi e le linee guida generali della cooperazione normativa UE/USA. I negoziati tra i funzionari della Commissione e quelli dell'amministrazione statunitense coinvolgono anche i diversi "dialoghi transatlantici"⁸⁸, e i risultati di volta in volta raggiunti negli incontri bilaterali vengono riportati al Comitato 133, il comitato speciale composto dai

Commissione, è specificato che tale istituzione «intende per "consultazione" il processo tramite il quale la Commissione desidera che le parti interessate all'esterno contribuiscano all'elaborazione delle proprie politiche prima che intervenga qualsiasi decisione» da parte del Collegio dei Commissari (COM(2002)704 def., p. 15), e si afferma che «[p]rocedere ad ampie consultazioni è (...) conforme ai compiti della Commissione quali sono definiti dai trattati, oltre a contribuire a fare in modo che agli organi legislativi vengano presentate proposte efficaci» (COM(2002)277 def., p. 5). Dopo aver osservato che «[a]dempiendo al suo dovere d'intavolare consultazioni, la Commissione riesce a formulare proposte (...) tecnicamente valide, concretamente praticabili e impostate su uno schema tutt'altro che verticistico», ragion per cui «una buona consultazione» risponde alla doppia finalità di «migliorare la qualità delle politiche» e «accresce[re] il coinvolgimento delle parti interessate e del pubblico in senso lato» (COM(2002)277 def., p. 6), la Commissione indica i cinque principi che devono informare la cultura di consultazione e dialogo nel processo decisionale: partecipazione, apertura, responsabilizzazione, efficacia e coerenza (COM(2002)704 def., p. 16 ss.).

⁸⁶ COM(2002)705 def., *Relazione della Commissione sulla Governance europea*, Bruxelles, 11 dicembre 2002, p. 19 ss. V. anche COM(2002)81 def., *Risposte alle sfide della globalizzazione: Studio sul sistema monetario e finanziario internazionale e sul finanziamento dello sviluppo*, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, Bruxelles 13 febbraio 2002.

⁸⁷ Sul punto v. R. HOWSE, *Transatlantic Regulatory Cooperation and the Problem of Democracy*, in G. A. BERMAN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Cooperation - Legal Problems and Political Prospects*, cit. supra, nota 63, p. 469-480.

⁸⁸ Tali "dialoghi" sono i gruppi rappresentativi dei diversi interessi del mondo imprenditoriale, dei consumatori, dei lavoratori, e degli ambientalisti, voluti da Stati Uniti e Unione europea per rendere più inclusivo e partecipato il processo politico della NTA. Si tratta del *Transatlantic Business Dialogue* (TABD), del *Transatlantic Labor Dialogue* (TALD), del *Transatlantic Environmental Dialogue* (TAED), e del *Transatlantic Consumer Dialogue* (TACD). V. *Report of the Transatlantic Economic Partnership Steering Group*, EU-US Summit, Washington, 18 December 2000, in http://europa.eu.int/comm/external_relations/us/summit12_00/tep_report.htm, sito consultato il 25 giugno 2004. È stato istituito anche un dialogo tra il Parlamento europeo e il Congresso degli Stati Uniti, il *Transatlantic Legislators Dialogue* (TLD), sul quale si veda la presentazione sul sito dell'Assemblea europea http://www.europarl.eu.int/intcoop/tld/history_en.htm, sito consultato il 25 giugno 2004. In dottrina cfr., *inter alia*, H.-U. ENGEL, *The Transatlantic Business Dialogue: the Perspective of the European Chemical Industry*, in G. A. BERMAN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Co-operation - Legal Problems and Political Prospects*, loc. cit., p. 39-44; M. A. POLLACK - G. C. SHAFFER (ED.), *Transatlantic Governance in the Global Economy*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, MD, 2001.

rappresentanti di tutti gli Stati membri istituito in base all'art. 133 [ex 113] del Trattato CE per assistere la Commissione nelle questioni di politica commerciale⁸⁹. Nel febbraio 2002, le consultazioni completano il testo delle *Guidelines on Regulatory Cooperation and Transparency*, realizzando un *Trade Facilitating Tool* (TFT) – un modello di cooperazione internazionale per la disciplina tecnica –⁹⁰ del tutto innovativo per la gestione delle relazioni economiche internazionali⁹¹. Ben consapevoli che la rapida espansione e l'intensificazione degli scambi cui dà luogo la globalizzazione impone un ripensamento del funzionamento dei rispettivi meccanismi decisionali, la Commissione europea e la controparte statunitense elaborano una serie di criteri per realizzare i comuni obiettivi di migliorare la cooperazione tra le autorità, e promuovere la trasparenza nel processo di elaborazione delle discipline tecniche, consentendo di intervenire anche a soggetti privati ed autorità di paesi terzi in quanto parti interessate⁹². Dopo avere indicato l'ambito di applicazione *ratione materiae* degli Orientamenti – programmazione e sviluppo delle misure sulle merci che ricadono nella sfera dell'Accordo OMC sugli ostacoli

⁸⁹ Si tratta di un organo da sempre presente nel meccanismo decisionale delle relazioni esterne della Comunità, poiché era già previsto dalla disposizione transitoria di cui all'ex art. 111 del Trattato CEE, entrato in vigore nel 1958. Il Comitato 133 ha, dall'avvio del Tokyo Round del 1973, due formazioni, quella dei «Full Members», ossia dei direttori generali dei Ministeri per il commercio con l'estero degli Stati membri, che si riunisce una volta al mese; e quella dei «Deputies», i membri nazionali supplenti, che, solitamente, sono i funzionari distaccati alle Rappresentanze permanenti degli Stati membri presso l'Unione europea a Bruxelles, i quali, di norma, si incontrano settimanalmente. Con il moltiplicarsi dei poteri comunitari nel settore della politica commerciale, il Consiglio ha istituito diversi comitati settoriali (il Comitato 133/Tessili, il Comitato 133/Servizi, il Comitato 133/Ceca, il Comitato 133/Reciproco riconoscimento, e il Comitato 133/Veicoli a motore). Indubbiamente, si tratta del comitato chiave nella definizione delle linee politiche europee e nel processo decisionale comunitario in materia di relazioni economiche internazionali. Su di esso cfr. M. JOHNSON, *European Community Trade Policy and the Article 113 Committee*, The Royal Institute, London, 1998, e le interrogazioni al Consiglio e alla Commissione presentate dall'On. Baer Staes (interrogazioni scritte E-4035/00, in *Guce* n. C 187 E/115, e E-4034/00, E-4036/00 e E-4037/00 sul Comitato 133, in *Guce* n. C 261 E/20 del 18 settembre 2001) e dall'On. Herman Schmid (interrogazione scritta P-3674/00 sulla trasparenza dei lavori del Comitato dell'art. 133, in *Guce* n. C 163 E/190 del 6 giugno 2001).

⁹⁰ In tal senso cfr. European Commission, *Market Access Strategy, 3rd Market Access Symposium, Workshop 1 - Regulatory Cooperation: Summary Report*, Brussels 28 November 2000, in http://europa.eu.int/comm/trade/mk_access, consultato il 23 aprile 2004.

⁹¹ Per una breve presentazione dell'Accordo sugli orientamenti cfr. IP/02/555, *United States and European Commission Agree Increased Regulatory Cooperation*, Comunicato stampa della Commissione europea, Bruxelles, 12 aprile 2002; USTR Press Release No. 02-42, *United States and European Commission Agree on Guidelines for Increased Regulatory Cooperation and Transparency*, April 12, 2002, in <http://www.ustr.gov>; J. E. FRYDMAN, *A First: Guidelines for Transatlantic Regulatory Cooperation*, in *Enterprise Europe*, July-September 2002.

⁹² «The objectives of these Guidelines are to improve cooperation between regulators, and to promote transparency to the public in establishing and amending regulations, and, in particular, to ... grant the opportunity for regulators of each to provide the other with meaningful input on regulatory matters, and the possibility to obtain reasonable consideration of such input; [and to] promote public participation through disclosure of and access to supporting documents, particularly the timely release of the supporting rationales, analyses and data for regulatory proposals, and a timely opportunity for all interested parties, both domestic and non-domestic, to provide meaningful comments concerning regulatory proposals, including supporting materials» (Sezione II, Objectives, par. 4 delle *Guidelines*).

tecnici al commercio (*Technical Barriers to Trade Agreement*, Accordo TBT), ad eccezione dei processi normativi relativi ai prodotti agricoli –, si richiede che il dialogo tra i "regulators" dell'Unione e degli Stati Uniti venga avviato il prima possibile e riguardi ogni nuova disciplina, o modifica di quella già esistente, che possa avere un'incidenza significativa sugli scambi. Sotto il profilo della ricerca, in particolare, vi è l'esortazione ad evitare inutili duplicati, e a collaborare per raccogliere i dati scientifici più completi, in modo da abbattere i costi e da raggiungere un alto livello di tutela della salute, dell'ambiente e della sicurezza del consumatore, condividendo anche informazioni confidenziali laddove ciò sia consentito dalle rispettive legislazioni. Viene incentivata la creazione di discipline tecniche tra loro compatibili, minimizzando le divergenze, oppure prendendo in considerazione la soluzione dell'armonizzazione o del mutuo riconoscimento.

La sezione V delle Linee Guida, dedicata agli *Operational elements of transparency*, si apre con una decisa affermazione della centralità della politica di trasparenza per produrre normative tecniche ottimali. Tale apertura, però, non può più essere limitata alle persone aventi la nazionalità dello Stato che le emana, ma deve essere estesa alla ben più ampia gamma formata da tutti i destinatari, insomma dal pubblico soggetto ad una determinata disciplina tecnica, una gamma che, con la globalizzazione, non è certo più confinata all'interno del territorio della pubblica autorità che approva una norma: «the planning and development of technical regulations is an issue that concerns the public, whether domestic or foreign. Transparency is necessary to ensure that these concerns are properly understood and taken into account in this process»⁹³. I "regulators", allora, dovrebbero fornire informazioni circa le iniziative che intendono intraprendere, consultare il pubblico, rafforzando, in particolare, lo strumento di *internet*, stabilire ragionevoli periodi di tempo per ricevere osservazioni, e motivare adeguatamente, al termine di tale processo di partecipazione, le regole che vengono adottate.

Infine, la sezione VI delle Linee Guida, dedicata agli aspetti procedurali (par. 18-22), prevede che l'attuazione e il funzionamento dell'Accordo, nonché i progressi relativi ai progetti di cooperazione concordati, siano oggetto di monitoraggio costante da parte del gruppo di lavoro sulle misure tecniche istituito nell'ambito della TEP (*TEP/TBT Working Group*), e l'impegno della Commissione e dell'amministrazione USA ad approfondire la cooperazione ed il suo ambito *ratione materiae*.

Oltre che sulla sostanza, i negoziatori delle due sponde dell'Atlantico si sono mostrati molto attenti alle questioni di forma, al fine di pervenire ad uno strumento sicuro – dunque privo di incertezze istituzionali, che lo avrebbero

⁹³ Sezione V, *Operational Elements of Transparency*, par. 17, delle *Guidelines*. Corsivo aggiunto.

reso suscettibile di essere dichiarato illegittimo – e, pertanto, capace di rappresentare un modello da estendere ad altre, più o meno simili, realtà.

Infatti, i negoziati sulle *Guidelines* sono stati caratterizzati dall'obiettivo comune dei servizi della Commissione, e dei loro pari grado dell'ufficio del Rappresentante americano per il commercio (*United States Trade Representative*, USTR) e del Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, di mantenere la piena sovranità di entrambe le parti, redigendo uno strumento privo della forza vincolante di un vero e proprio accordo internazionale, poiché non volto a creare e/o modificare diritti e obblighi sul piano internazionale così come su quello interno⁹⁴. Gli estensori del testo delle *Guidelines* hanno, così, prestato la massima cura nella definizione degli elementi testuali e strutturali, in modo tale da poter far leva principalmente su di essi per sostenere che le parti non hanno mai manifestato alcuna intenzione di concludere un accordo internazionale, ed affermare, di conseguenza, che il testo finale delle *Guidelines* non può essere considerato di natura pattizia, in quanto privo dell'elemento maggiormente distintivo di un accordo internazionale, quello della volontà delle parti di stipulare un vincolo di carattere giuridico. Ecco, dunque, che i negoziatori, utilizzando il linguaggio inglese tipico degli impegni internazionali di natura politica e non giuridica, si riferiscono ai contraenti non con il termine di "parties", ma con la neutra espressione di "sides"; che il verbo modale è quasi sempre "should" – solo una volta viene usato l'ausiliare "will" – e mai viene impiegato "shall"⁹⁵. Infine, viene espressamente statuita la natura meramente volontaria delle Linee guida⁹⁶, affermando che gli Orientamenti devono essere applicati in modo tale da essere perfettamente compatibili *a.* con le normative interne, preservando l'integrità dei processi nazionali di formazione delle discipline tecniche, e *b.* con ogni diritto e obbligo internazionale assunto dall'Unione europea e dagli Stati Uniti⁹⁷.

Facendo ricorso a tale tecnica redazionale, l'amministrazione statunitense voleva evitare l'obbligo di coordinamento con il Segretario di Stato e di notifica al Congresso che la procedura *Case-Zablocki* impone per tutti gli accordi

⁹⁴ V. *Rapport du Juge Rapporteur dans l'affaire n. C-233/02*, par. 9-10; conclusioni dell'Avvocato Generale Alber nella causa n. C-233/02, punto 6; sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 7, punto 10-11.

⁹⁵ Cfr. i par. 5, 10.17, e 18-22 delle *Guidelines*.

⁹⁶ «This document sets forth the Guidelines which regulators of the U.S. Federal Government and the services of the European Commission intend to apply on a voluntary basis as broadly as possible». Sezione III, *Field of Application*, par. 7, delle *Guidelines*.

⁹⁷ «These Guidelines should be implemented in ways that: (...) *b.* are fully consistent with any applicable domestic legal requirements, including rules and policies on transparency of government activities to the public at large, and preserve the integrity of the domestic regulations development process; and *c.* are fully consistent with any applicable international rights and obligations, including those of the World Trade Organization, in particular under the Agreement on Technical Barriers to Trade» (Sezione II, *Objectives*, par. 4, delle *Guidelines*).

internazionali, e mirava a poter disporre, nei rapporti con la Commissione europea, di strumenti affidabili, anche se non vincolanti, come le *Guidelines*. La Commissione, dal canto suo, intendeva sottrarsi alle censure che aveva incontrato quando il suo precedente Accordo di cooperazione *antitrust* era stato sottoposto al vaglio dei giudici di Lussemburgo. Anzi, il Collegio, per poter finalmente disporre di uno strumento da concordare con gli Stati terzi nella sua attività internazionale di cooperazione amministrativa, capace di sfuggire ad eventuali giudizi di illegittimità, ha addirittura cercato di evitare che le *Guidelines* potessero essere imputabili all'esecutivo indipendente. Le Linee Guida, pertanto, non vengono sottoscritte dai servizi della Commissione e dall'amministrazione statunitense, poiché la "finalizzazione" del testo viene attestata da un semplice scambio di comunicazioni tra i negoziatori; e, addirittura, la Commissione semplicemente "prende atto" dell'intesa raggiunta dai suoi servizi, a seguito della nota informativa presentata dal Commissario Liikanen, pensando bene di non redigere un formale progetto di decisione per approvare le Linee Guida, nella speranza, attraverso un tale stratagemma, di poter addirittura affermare di non essere impegnata, in quanto istituzione, dalle *Guidelines*, essendo queste ultime un'iniziativa che dovrebbe essere interamente ed esclusivamente ascrivibile ai suoi funzionari⁹⁸.

10. L'ennesimo duello innescato dalla Francia con la Commissione

Nonostante l'intenso lavoro diplomatico e il solido quadro di concertazione politica che sostengono le *Guidelines*, malgrado il pieno apprezzamento degli operatori economici (che vedevano in strumenti quali le Linee Guida un valido mezzo per realizzare l'obiettivo di commercializzare i loro prodotti secondo il principio "approved once, accepted everywhere")⁹⁹, il *consensus* degli attori istituzionali europei costantemente coinvolti e aggiornati sul processo di definizione degli Orientamenti, e le mille precauzioni linguistiche usate dai negoziatori, la Francia decide di ingaggiare un nuovo duello con la Commissione, sollevando dinanzi alla Corte di giustizia le sue perplessità sulla competenza del Collegio ad adottare le Linee Guida, e sulla compatibilità degli Orientamenti con le particolari prerogative che la Commissione detiene relativamente alla presentazione di proposte nel meccanismo decisionale comunitario. Le motivazioni del ricorso francese costituiscono la traduzione

⁹⁸ Sull'asserita inesistenza di un atto di approvazione delle *Guidelines* da parte della Commissione cfr. *infra*, par. 11, ove si riporta il rigetto di tale argomentazione da parte dell'Avvocato Generale Alber.

⁹⁹ Nella Relazione prodotta nel 2002 dal TABD, la cooperazione normativa è inserita tra le questioni prioritarie per la comunità imprenditoriale UE/USA: v. *Transatlantic Business Dialogue, 2002 TABD Chicago Conference Report*, Chicago, November 7 & 8, 2002, p. 19 ss.

giuridica della sempre più crescente insofferenza politica di Parigi per la *soft institutionalization* realizzata dalle diplomazie UE e USA per gestire i rapporti transatlantici. Infatti, attraverso continue dichiarazioni di carattere politico, Bruxelles e Washington hanno avviato una fitta rete diplomatica nei settori della politica estera e di sicurezza comune, della lotta alla criminalità internazionale e della proliferazione delle armi di distruzione di massa, settori che la Francia avrebbe, invece, voluto fossero esclusi dall'agenda dei lavori tra Unione e Stati Uniti. Ad aggravare il quadro, agli occhi del governo francese, vi era poi il fatto che il dialogo euro-atlantico ha portato ad un rafforzamento delle credenziali della Commissione per rappresentare unitariamente l'Unione nei colloqui con l'amministrazione statunitense¹⁰⁰. L'Accordo sugli Orientamenti, ad avviso di Parigi, rappresentava una forma di cooperazione suscettibile di causare un'ingerenza eccessiva degli Stati Uniti nella vita comunitaria, analogamente a quanto la Francia aveva paventato a proposito del c.d. «Nuovo Mercato Transatlantico», l'ambizioso progetto della Commissione, lanciato nel 1998, che, sulla base di un apposito accordo internazionale di ampio respiro (*New Transatlantic Marketplace Agreement*, NTMA), avrebbe dovuto incrementare come non mai gli scambi e le relazioni tra le due potenze internazionali.¹⁰¹ Tuttavia, mentre l'iniziativa del Nuovo Mercato Transatlantico fallì, anche per mano francese,¹⁰² l'impostazione scelta dalla Commissione per la veste giuridica degli Orientamenti incontra il favore dell'Avvocato Generale Alber e della Corte di giustizia, i quali si uniscono a tutti gli altri protagonisti della vita istituzionale europea nel considerare le *Guidelines* come un'intesa priva di forza vincolante. E, peraltro, non si tratta di un favore particolarmente sofferto: la fitta rete di dichiarazioni politiche bilaterali ad alto livello, il paziente lavoro di coinvolgimento dei soggetti interessati, tutti in consonanza – anche se con il contrasto della sola e isolata Francia – con l'operato della

¹⁰⁰ A. GARDNER, *From the Transatlantic Declaration to the New Transatlantic Agenda: The Shaping of Institutional Mechanisms and Policy Objectives by National and Supranational Actors*, in É. PHILIPPART - P. WINAND (EDS.), *Ever Closer Partnership - Policy-Making in US-EU Relations*, cit. *supra*, nota 72, p. 83-106.

¹⁰¹ Cfr. COM(1998)125 final, *The New Transatlantic Marketplace*, Communication of Sir Leon Brittan, Mr Bangemann and Mr. Monti, Brussels, 11 March 1998, in <http://www.eu-union.org/partner/ntm/contents.htm>, sito consultato il 10 febbraio 2004.

¹⁰² Tecnicamente, Parigi contestava al Collegio l'avvio di una simile iniziativa senza aver prima ottenuto il relativo mandato negoziale dal Consiglio. Sull'opposizione francese v. *Agence Europe*, 27 e 28 aprile 1998, p. 8, nonché P. DEMARET, *The Respective Powers of the European Community and Member States in Transatlantic Regulatory Cooperation*, in G. A. BERMANN - M. HERDEGEN - P. L. LINDSETH (EDS.), *Transatlantic Regulatory Co-operation - Legal Problems and Political Prospects*, cit. *supra*, nota 63, p. 431-449, p. 432 e 449; J. ROOD, *Transatlantic Economic Relations in A New Era*, in P. VAN DIJCK - G. FABER (EDS.), *The External Economic Dimension of the European Union*, cit. *supra*, nota 72, p. 177-193, a p. 187. L'iniziativa del NTMA, però, fu osteggiata anche da parte statunitense, poiché sia l'amministrazione che il mondo industriale USA preferiscono, tradizionalmente, un approccio settoriale ai c.d. *package deals* promossi dalla Commissione. Sul punto si fa rinvio a M. GREEN COWLES, *Private Firms and US-EU Policy Making: The Transatlantic Business Dialogue*, in É. PHILIPPART - P. WINAND (EDS.), *Ever Closer Partnership - Policy-Making in US-EU Relations*, loc. cit., p. 255 e 261.

Commissione, la consapevolezza della necessità per tale istituzione di poter contare, nella conduzione della sua attività internazionale, su uno strumento quale quello delle Linee Guida, rendono indubbiamente meno problematica, per la giurisdizione comunitaria, la decisione da prendere. In particolare, questo è testimoniato dai tempi più limitati della procedura, soprattutto se paragonati a quelli del contenzioso tra Francia e Commissione di dieci anni prima: la scelta della Corte di deliberare saltando la fase orale¹⁰³ indica, infatti, che i termini della controversia, nonché la soluzione da dare a quest'ultima, risultavano alquanto chiari ai giudici di Lussemburgo già al termine della fase scritta della procedura contenziosa.

11. L'eccezione di irricevibilità del ricorso e la natura giuridica dell'Accordo sugli Orientamenti nell'approccio dell'Avvocato Generale

Vi è, tuttavia, una differenza non di poco conto nel modo in cui l'Avvocato Generale da un lato, e la Corte di giustizia dall'altro, scelgono di dichiarare che le *Guidelines* non hanno forza vincolante. Questo perché l'Avvocato Generale qualifica l'Accordo sugli Orientamenti come un atto privo di effetti giuridici esaminando l'eccezione di ricevibilità del ricorso sollevata dalla Commissione, mentre la Corte arriva a tale conclusione statuendo sul merito.

La Francia non aveva indicato quale oggetto della sua impugnazione direttamente le *Guidelines* UE/USA, ma, correttamente, «la decisione con la quale la Commissione delle Comunità europee ha stipulato con gli Stati Uniti d'America un accordo intitolato "Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di trasparenza"»¹⁰⁴, mostrando, così, di aver ben compreso che la Corte può intervenire a proposito di un accordo internazionale del quale la Comunità sia parte attraverso l'atto dell'istituzione europea che lo ha approvato¹⁰⁵. Come noto, i giudici di Lussemburgo hanno sempre affermato che, ai sensi dell'art. 230, par. 1 CE, «il ricorso di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi [atto o] provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici»¹⁰⁶. Ora, nella controversia in oggetto, la Commissione ha, innanzi-

¹⁰³ Cfr. il *Rapport du Juge Rapporteur dans l'affaire n. C-233/02*, punto 27.

¹⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 7, punto 1.

¹⁰⁵ Sul punto si rinvia a quanto osservato *supra*, par. 5.

¹⁰⁶ Sentenze della Corte di giustizia: 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee (Accordo europeo trasporti su strada, AETS)*, *Raccolta*, 1971, p. 263, punti 38-42; ordinanza del 17 maggio 1989 in causa n. 151/88, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, 1989, p. 1255, punto 21; 28 novembre 1991 in cause riunite n. C-213/88 e n. C-39/89, *Granducato di Lussemburgo c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5643, punto 15; 30 giugno 1992 in causa n. C-312/90, *Regno di Spa-*

tutto, eccetto che il ricorso doveva essere rigettato poiché non si era in presenza di un atto impugnabile, e ciò perché il Collegio, a suo avviso, non aveva adottato alcun atto relativo agli Orientamenti – dunque, non vi sarebbe stata alcuna misura imputabile ad un’istituzione comunitaria; e, comunque, anche laddove si fosse ravvisata l’esistenza di un atto ascrivibile alla Commissione, tale atto rimaneva non impugnabile poiché relativo alle Linee Guida, cioè ad uno strumento privo di forza giuridica vincolante. L’Avvocato Generale Alber ha respinto il primo argomento dell’eccezione di ricevibilità, accogliendo, però, il secondo.

Riguardo l’inesistenza di un atto di approvazione dell’Accordo sugli Orientamenti da parte della Commissione, in quanto istituzione e in quanto collegio¹⁰⁷, Alber si rifiuta di avallare la tattica dell’esecutivo indipendente, volta a far considerare le *Guidelines* come una semplice intesa assunta a livello di servizi amministrativi, mai formalmente ratificata dalla Commissione, la quale si sarebbe limitata unicamente alla loro "presa d’atto". L’Avvocato Generale richiama l’attenzione su quanto avvenuto il 9 aprile 2002 nella riunione del Collegio, così come riportato dal relativo verbale, pervenendo ad una ricostruzione del valore della "presa d’atto" opposta a quella sostenuta dalla Commissione. In tale seduta, le *Guidelines* UE/USA sono state presentate alla Commissione, la quale, "prendendone atto" unitamente alle misure di esecuzione necessarie, espone in una nota dal Commissario Liikanen, non ha certo manifestato contrarietà all’iniziativa dei suoi servizi, ma, sottolinea Alber, ha di-

gna c. Commissione delle Comunità europee, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4117, punto 11; 30 giugno 1992 in causa n. C-47/91, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4145, punto 19 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 330; 2 marzo 1994 in causa n. C-316/91, *Parlamento europeo c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 625, punto 11; ordinanza del 27 novembre 2001 in causa n. C-208/99, *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9183, punto 24; 13 luglio 2004 in causa n. C-27/04, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell’Unione europea*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6649, punto 44 e in questa *Rivista*, 2005, 57 con commento di E. PRESUTTI, *La Corte di giustizia e il Patto di stabilità e crescita: commento alla sentenza del 13 luglio 2004*, p. 65. Da ultimo, cfr le conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott presentate il 16 giugno 2005 nelle cause riunite n. C-138/03, n. C-324/03 e n. C-431/03, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee*, e, in particolare, le conclusioni presentate il 9 giugno 2005 dall’Avvocato Generale Stix Hackl nella causa n. C-46/03, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, ove si compie un’interessante puntualizzazione a proposito del significato dell’espressione "effetti giuridici": «[q]uanto alla ricevibilità della domanda, occorre chiarire, in limine, qual è l’oggetto del ricorso. A termini dell’art. 230 CE, un ricorso di annullamento può avere ad oggetto qualsiasi atto della Commissione, eccetto le raccomandazioni e i pareri. Ne deriva che un provvedimento può diventare oggetto di ricorso soltanto se esso sia suscettibile di produrre effetti giuridici, vale a dire qualora il suo contenuto sia diretto a regolare in maniera vincolante fattispecie concrete» (punto 41, corsivo aggiunto). In dottrina cfr. A. ARNULL, *The Action for Annulment: a Case for Double Standards?*, in *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, *Judicial Review in European Union Law*, The Hague, 2000, p. 177-213; C. IANNONE, *Commento all’art. 230 del Trattato CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 2, p. 1074-1088; B. NASCIMBENE - L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹⁰⁷ «[E]n tant qu’institution et en tant que collègue»: si veda il *Rapport du Juge Rapporteur dans l’affaire n. C-233/02*, punto 50.

mostrato la sua approvazione dei risultati dei negoziati. Inoltre, il Collegio ha ricordato che gli *Orientamenti sulla cooperazione* avrebbero ricevuto un'ulteriore approvazione in occasione del successivo vertice UE/USA del 2 maggio 2002¹⁰⁸. L'Avvocato Generale ha poi evidenziato che i Commissari Liikanen e Lamy, il 12 aprile 2002, avevano "perfino" annunciato la conclusione dell'Accordo alla stampa. «Tali circostanze – conclude Alber – corroborano la tesi secondo la quale il collegio della Commissione, contrariamente a quanto dichiarato da [tale istituzione], avrebbe addirittura approvato le *Guidelines* espressamente»¹⁰⁹. L'Avvocato Generale ha, quindi, concluso che «la Commissione si è (...) impegnata in quanto istituzione attraverso l'azione dei propri rappresentanti. In conseguenza di ciò, un'azione della Commissione esiste»¹¹⁰.

Stabilita l'esistenza di un atto imputabile ad un'istituzione comunitaria, Alber, per potere considerare ricevibile il ricorso francese, doveva anche verificare se tale atto fosse produttivo di effetti giuridici. Su questo secondo aspetto, come si è anticipato, l'Avvocato Generale concorda con la Commissione, anche se respinge certe argomentazioni della parte convenuta, poiché esse non reggono se considerate alla luce di alcuni principi di base del diritto dei trattati. Alber richiama il principio della libertà delle forme nella conclusione degli accordi internazionali, per bocciare «l'obiezione della Commissione secondo cui la mancanza di obbligatorietà delle *Guidelines* risulterebbe già dalla circostanza che non sono state sottoscritte dalle parti»¹¹¹ – si ricorderà che «il testo [delle *Guidelines*] non fu sottoscritto, ma venne raggiunto un accordo attraverso dichiarazioni dei rispettivi servizi incaricati dei negoziati»¹¹². Infatti, rileva l'Avvocato Generale, «ai sensi della Convenzione di Vienna del 1969 e della Convenzione di Vienna del 1986 è possibile concludere accordi anche con mezzi diversi dalla firma o dalla ratifica. La loro accettazione o approvazione è sufficiente, come risulta in modo particolare dagli artt. 11 ss. della Convenzione di Vienna del 1969 (...) e dagli artt. 11 ss. della Convenzione di Vienna del 1986 (...) La volontà di vincolarsi ad un accordo può essere espressa in qualsiasi forma. La forma scritta non è in alcun caso l'unica forma possibile»¹¹³. Inoltre, Alber si avvale della regola *pacta sunt servanda* per supe-

¹⁰⁸ «The Commission took note of the agreement reached at technical level between the Community and the United States on guidelines for regulatory cooperation and transparency (SEC(2002)386/2), which would be ratified by means of political declarations by both parties at the next EU/US summit on 2 May. It took note of the conditions for implementation of these guidelines as set out in the note distributed by Mr Liikanen (SEC(2002)386)». Verbale del 17 aprile 2002 della riunione della Commissione del 9 aprile 2002 (PV(2002)1562 final), disponibile sul sito http://www.europa.int/comm/secretariat_general/meeting/archives_en.htm.

¹⁰⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Alber nella causa n. C-233/02, punto 49.

¹¹⁰ *Ivi*, punto 50. Corsivo aggiunto.

¹¹¹ *Ivi*, punto 53.

¹¹² *Ivi*, punto 6.

¹¹³ *Ivi*, punto 53.

rare le considerazioni della convenuta allorché quest'ultima, nell'assenza, nel testo delle Linee guida, *a.* di una previsione di sanzioni per il caso di loro inosservanza, *b.* di un meccanismo di risoluzione delle controversie, più in generale, *c.* di un richiamo alla responsabilità delle parti in caso di inadempimento degli impegni assunti, trovava motivo per affermare l'impossibilità di qualificare le *Guidelines* come un documento vincolante: «la mancanza di una previsione espressa con riferimento alle sanzioni è irrilevante perché un accordo internazionale è sottoposto alla regola *pacta sunt servanda* (...) Inoltre, se si tratta di un accordo internazionale vincolante, in assenza di disposizioni espresse delle *Guidelines* trovano applicazione i principi generali di diritto internazionale sulla responsabilità dei soggetti di diritto internazionale»¹¹⁴.

Ma analizzando il testo, il contesto, l'oggetto e i fini dell'Accordo sugli Orientamenti, Alber concorda con la Commissione, affermando, dunque, che le *Guidelines* non producono effetti giuridici vincolanti, e concludendo, di conseguenza, che «per difetto di un atto impugnabile, il ricorso deve essere dichiarato irricevibile»¹¹⁵. Infatti, i "regulators" intendono applicare le *Guidelines* «su base volontaria per quanto possibile», e la terminologia richiama chiaramente la prassi internazionale seguita «in relazione alla concertazione di obblighi non vincolanti»: pertanto «dalla formulazione linguistica (...) non può essere tratta alcuna conclusione in merito al carattere vincolante delle *Guidelines*»¹¹⁶. Inoltre, gli obiettivi dichiarati consistono nell'offerta di opportunità (*opportunity*) alla controparte di fornire contributi e commenti, e nella possibilità di ottenere un corrispondente apprezzamento (*possibility to obtain reasonable consideration*): «l'"opportunità" di fornire osservazioni e la "possibilità" di tenerne conto – prosegue l'Avvocato Generale – sono formulazioni che non danno titolo all'accoglimento di eventuali obiezioni. Anche ciò milita a favore del carattere non vincolante delle *Guidelines*»¹¹⁷. Infine, anche il contesto, secondo Alber, conferma la natura politica delle Linee guida: il TEP, il Partenariato economico transatlantico in cui è stato negoziato l'Accordo sugli Orientamenti, «non si fonda su un accordo internazionale vincolante, ma rappresenta un accordo politico (...). Ciò non esclude certamente che le parti concludano un accordo vincolante nell'ambito del TEP. Tale contesto costituisce tuttavia un indizio del fatto che si tratti di un dialogo politico avente per oggetto in generale il miglioramento della cooperazione nelle questioni commerciali. Ciò rende ovvio ravvisare nelle *Guidelines* del pari un accordo politico e non un documento giuridicamente vincolante. Questo aspetto è confermato dalla dichiarazione di cui al (...) verbale della riunione della Com-

¹¹⁴ *Ivi*, punto 54.

¹¹⁵ *Ivi*, punto 67.

¹¹⁶ *Ivi*, punto 57.

¹¹⁷ *Ivi*, punto 58.

missione del 9 aprile 2002, in cui si afferma l'intenzione della Commissione di approvare le *Guidelines* attraverso dichiarazioni politiche durante il successivo vertice UE-USA»¹¹⁸.

Al termine della sua analisi, l'Avvocato Generale conclude, pertanto, che le Linee Guida sono «solo espressione di un coordinamento su base volontaria in relazione a decisioni future degli organi competenti del governo statunitense e della Commissione in ambito normativo», e, in quanto tali, «devono (...) essere considerate un atto giuridico non vincolante»¹¹⁹.

12. I motivi di carattere politico-istituzionale della decisione della Corte di qualificare gli Orientamenti come un atto privo di forza vincolante statuendo sul merito anziché nell'ambito della questione di ammissibilità

Anche la Corte di giustizia afferma che «concludendo gli Orientamenti, le parti non hanno affatto avuto l'intenzione di contrarre impegni giuridicamente vincolanti»¹²⁰. La condotta dei contraenti rivela chiaramente la loro volontà di non assumere obblighi internazionali. Da ciò consegue che «gli Orientamenti non costituiscono un accordo avente forza vincolante e non rientrano quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 300 CE»¹²¹. Tuttavia, i giudici di Lussemburgo non hanno definito la natura giuridica dell'atto impugnato nell'ambito dell'eccezione di ricevibilità del ricorso, o, comunque, procedendo congiuntamente all'esame dell'ammissibilità e del merito del ricorso¹²². Analogamente a quanto recentemente deciso dal Tribunale di primo grado – e

¹¹⁸ *Ivi*, punto 59-60. La parte saliente del verbale della Commissione è riportata *supra*, nota 108.

¹¹⁹ *Ivi*, punto 61 e 67.

¹²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 7, punto 43.

¹²¹ *Ivi*, punto 45.

¹²² Ad esempio, in tutti i casi sollevati dalla Francia per contestare il potere della Commissione di adottare atti come le istruzioni, comunicazioni o codici, la Corte, allorché ha concluso che l'atto impugnato, a differenza di quanto sostenuto dal Collegio, fosse produttivo di effetti giuridici, ha operato una valutazione congiunta della fondatezza dell'eccezione di ricevibilità con le questioni di merito, utilizzando, peraltro, la seguente formula "standard": «al fine di poter valutare se l'atto impugnato sia diretto a produrre effetti giuridici (...) occorre esaminarne il contenuto. Ne consegue che la valutazione della fondatezza dell'eccezione di irricevibilità dipende dalla valutazione delle censure dedotte dalla [ricorrente] nei confronti del provvedimento controverso ed essa dovrà essere, pertanto, esaminata unitamente alle questioni di merito sollevate dalla controversia» (cfr. sentenze della Corte di giustizia: 9 ottobre 1990 in causa n. C-366/88, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 28, punto 11-12; 13 novembre 1991 in causa n. C-303/90, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 29, punti 10-11; in *Raccolta*, 1991, I, p. 5315; 16 giugno 1993 in causa n. C-325/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 30, punto 11; 20 marzo 1997 in causa n. C-57/95, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 32, punti 9-10).

confermato dalla Corte – per aggirare, almeno in parte, il problema della legittimità ad agire dei ricorrenti non privilegiati¹²³, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto non necessario pronunciarsi sull'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione poiché, in ogni caso, le conclusioni della Francia avrebbero dovuto essere respinte nel merito. Così, la Corte, dopo aver compiutamente riportato che «la Commissione [ha] solleva[to] due eccezioni di irricevibilità»¹²⁴, sceglie di ignorarle, e motiva molto stringatamente la decisione di saltare a piè pari la questione dell'ammissibilità affermando che «nelle circostanze del caso di specie non si deve statuire sulle eccezioni d'irricevibilità sollevate dalla Commissione, dato che la domanda della Repubblica francese deve, in ogni caso, essere respinta nel merito»¹²⁵. Non si tratta di una irrilevante decisione processuale: dichiarando che le *Guidelines* sono prive di forza vincolante mentre valuta il merito della controversia, la Corte ha, per la prima volta nella sua storia, esteso il suo controllo di legittimità ad atti che ha appena qualificato come privi di effetti giuridici. Se, come si è appena evidenziato, i giudici sono a dir poco laconici nel giustificare la mancata deliberazione sull'eccezione di ricevibilità, la lettura delle motivazioni della Corte nella sua decisione sul merito rivelano le importanti ragioni di carattere politico-istituzionale alla base delle sue determinazioni.

La Corte vuole qualificare le Linee Guida come un atto privo di forza vincolante da ascrivere alla Commissione, e, al tempo stesso, evitare che il Collegio si possa considerare autorizzato a porre in essere, al di fuori di ogni

¹²³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2002 in causa n. C-23/00 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH e C. H. Boehringer Sohn*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1873, punti 51-52, ove la Corte ha respinto l'appello del Consiglio contro la decisione del Tribunale di primo grado che non si era pronunciato sull'eccezione di ricevibilità, passando direttamente al merito (sentenza del Tribunale di primo grado del 1° dicembre 1999 in cause riunite n. T-125/96 e n. T-152/96, *Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH e C. H. Boehringer Sohn c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 3427) poiché dalla sentenza impugnata «risulta ... che il Tribunale ha considerato che non era necessario pronunciarsi sull'eccezione di irricevibilità sollevata dal Consiglio visto che le conclusioni della BI Vetmedica e della Boehringer nella causa n. T-125/96 dovevano, in ogni caso, essere respinte nel merito», affermando che «[s]petta al Tribunale valutare, come ha fatto, se una corretta amministrazione della giustizia giustificasse, nelle circostanze del caso di specie, il fatto di respingere nel merito il ricorso in tale causa senza statuire sull'eccezione di irricevibilità sollevata dal Consiglio, il che non può essere considerato come recante pregiudizio a quest'ultimo». Si noti che sia il Regolamento di procedura della Corte (art. 92) che quello del Tribunale di primo grado (art. 113) prevedono che i giudici possano, «in qualsiasi momento», rilevare d'ufficio l'irricevibilità dell'azione dinanzi ad essi presentata «per motivi di ordine pubblico».

¹²⁴ «Da un lato, [la Commissione] sostiene che, in quanto istituzione e collegio, non ha mai espresso il suo consenso ad essere vincolata dagli Orientamenti, che, del resto, costituirebbero soltanto un accomodamento amministrativo stipulato a livello amministrativo. Non vi sarebbe quindi alcun atto della Commissione che potrebbe costituire oggetto di un ricorso di annullamento. D'altro lato, anche ammesso che si possa considerare che gli Orientamenti vincolano la Commissione, quest'ultima fa valere che i detti orientamenti non costituirebbero un atto impugnabile, non potendo essere qualificato come atto che comporta o che produce effetti giuridici». Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 7, punti 24-25.

¹²⁵ *Ivi*, punto 26.

tipo di controllo, qualunque atto purché suscettibile di essere considerato incapace di produrre effetti giuridici, cosa che si sarebbe verificata se i giudici avessero deliberato sulla natura giuridica degli Orientamenti pronunciandosi sull'eccezione di irricevibilità. Infatti, se, nella valutazione dell'ammissibilità di un ricorso, si stabilisce che l'atto impugnato non è vincolante, l'esame dei giudici non può proseguire, poiché l'azione di annullamento è priva del suo oggetto¹²⁶. È evidente che, tralasciando platealmente l'eccezione di irricevibilità, la Corte ha voluto bilanciare lo "sdoganamento" del potere della Commissione di concludere atti come gli Orientamenti con la sottoposizione di quegli strumenti di cooperazione amministrativa internazionale al suo controllo di legittimità, e ciò nonostante la sua scelta di considerare detti strumenti privi di forza vincolante. E non solo i giudici estendono il proprio sindacato di legittimità ad atti della Commissione quali le *Guidelines*, dissolvendo del tutto la strategia del Collegio, che puntava alla sottrazione completa di quella tipologia di strumenti di cooperazione internazionale dalla giurisdizione comunitaria e, dunque, a procurare notevole ampiezza e discrezionalità alla sua azione esterna. Essi corredano l'affermazione della loro competenza a controllare l'operato della Commissione con una serie di precisazioni che, di fatto, indicano all'esecutivo indipendente i requisiti di forma sostanziali che deve osservare per poter legittimamente avvalersi di uno strumento quale quello delle Linee Guida, requisiti che altro non sono se non i passaggi della concertazione politica tra Consiglio, Comitati e Commissione nel corso dei quali è stato posto in essere l'importante documento sugli Orientamenti, e si è potuto registrare il consenso di tutti i protagonisti della vita comunitaria, con la sola eccezione della Francia.

Pertanto, la Corte afferma: «occorre precisare che la presente sentenza non può essere interpretata nel senso che essa accoglie la tesi difesa dalla Commissione secondo cui il fatto che un atto quali gli Orientamenti sia privo di forza vincolante è sufficiente ad investire detta istituzione della competenza ad adottarlo»¹²⁷. E ciò perché «la determinazione delle condizioni nelle quali può verificarsi l'adozione di siffatto atto richiede, trattandosi nella fattispecie di un atto mirante a ridurre i rischi di divergenze legati all'esistenza di ostacoli tecnici allo scambio di beni, che sia debitamente tenuto conto della ripartizione delle competenze e dell'equilibrio istituzionale stabiliti dal Trattato nel settore della politica commerciale comune»¹²⁸. Quindi, la Corte ri-

¹²⁶ Cfr. ad esempio, le seguenti pronunce di irricevibilità: sentenze della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 114/86, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, 1988, p. 5289, punto 12 e del 6 aprile 2000 in causa n. C-443/97, *Regno di Spagna c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2415, punto 27 ss.

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 7, punto 40.

¹²⁸ *Ibid.*

chiama il contesto e le diverse tappe che hanno portato all'elaborazione delle *Guidelines*, ritenendo evidentemente che detti elementi dimostrano che la Commissione, predisponendo e approvando le Linee Guida in quel contesto e osservando quelle tappe, ha «debitamente tenuto conto della ripartizione delle competenze e dell'equilibrio istituzionale stabiliti dal Trattato nel settore della politica commerciale comune». «Occorre (...) osservare – dicono i giudici – che tanto il Partenariato economico transatlantico quanto il Piano d'azione sono stati approvati dal Consiglio, mentre dalla nota 9 aprile 2002 inviata dalla Commissione al Comitato istituito in applicazione dell'art. 133, n. 3, CE, risulta che detto Comitato è stato regolarmente tenuto informato dello sviluppo dei negoziati relativi all'elaborazione degli Orientamenti da parte dei servizi della Commissione»¹²⁹.

Insomma, le *Guidelines* non nascono da un'iniziativa autonoma della Commissione, ma sono la concretizzazione di un lungo lavoro bilaterale tra Stati Uniti ed Europa condotto nell'ambito di una solida copertura politica definita al più alto livello istituzionale, una copertura progressivamente pianificata, ampliata e approfondita. E l'azione della Commissione nel definire le modalità della cooperazione normativa non è stata solitaria, ma costantemente messa a punto nei gruppi di lavoro del Partenariato UE/USA, e comunicata al Comitato 133, come anche al Gruppo di lavoro sulle Relazioni transatlantiche del Consiglio dell'Unione europea, riuscendo a trovare una soluzione pienamente condivisa, se si escludono le perplessità francesi. Le argomentazioni della Corte a proposito della particolare procedura e della copertura politica che legittimano l'adozione da parte della Commissione degli Orientamenti sono suscettibili di un'applicazione generalizzata. Pertanto, laddove un accordo riconducibile alla stessa tipologia delle *Guidelines* UE/USA sia stato adottato dal Collegio *a.* sulla base di una previsione concordata in un quadro di articolata cooperazione politica – Partenariato, Piano d'azione – con il concorso dell'istituzione comunitaria intergovernativa, e *b.* tenendo costantemente informato il Comitato 133 – e/o, comunque, i Comitati o Gruppi di lavoro specificamente dedicati al settore oggetto dell'accordo – si può considerare rispettata «la ripartizione delle competenze e dell'equilibrio istituzionale stabiliti dal Trattato». Di conseguenza, l'accordo in questione deve considerarsi legittimamente posto in essere dalla Commissione.

Infine, va qui sottolineato che la Corte ha approntato un ulteriore "dispositivo di contenimento" per scongiurare illegittime ambizioni internazionali della Commissione, che potrebbero essere generate da un'interpretazione disinvolta del potere riconosciuto a detta istituzione di approvare atti quali le *Guidelines*. I giudici agitano, così, lo spauracchio di una competenza del Consiglio anche per atti internazionali privi di effetti giuridici. «Occorre rile-

¹²⁹ *Ivi*, punto 41.

vare – osserva la Corte – che, con il primo motivo, il governo francese si è limitato a far valere che gli Orientamenti, conformemente al disposto dell'art. 300 CE, avrebbero dovuto essere stipulati dal Consiglio e non dalla Commissione, in quanto essi, a suo avviso, costituiscono un accordo avente forza vincolante»¹³⁰. «Il governo francese – proseguono i giudici – non ha per contro affatto sostenuto che un atto che presenta le caratteristiche degli Orientamenti deve, anche se privo di forza vincolante, rientrare nella sola competenza del Consiglio». Pertanto, la Corte conclude di non essere «tenuta ad ampliare l'oggetto del ricorso di cui è investita»¹³¹. A prima vista, potrebbe sembrare che i giudici non intendano dotare di solide fondamenta la loro decisione di considerare la Commissione competente ad adottare le Linee Guida, configurandone l'esito come meramente casuale e dovuto solo alle carenze che caratterizzerebbero il ricorso francese, carenze sulle quali la Corte non sarebbe intervenuta in omaggio al principio *non ultra petita*, secondo il quale l'iniziativa del processo appartiene alle parti, senza che il giudice possa autonomamente discostarsi da quanto da esse disposto. Ma, come è noto, il vizio di incompetenza, unitamente alla violazione di forme sostanziali, possono costituire, nell'ordinamento comunitario, un «mezzo di ordine pubblico», una categoria che, peraltro, è proprio di origine giurisprudenziale¹³². In sostanza, se è

¹³⁰ *Ivi*, punto 38.

¹³¹ *Ivi*, punto 39.

¹³² Si veda sul punto K. LENAERTS - D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 184 ss.; K. LENAERTS, *De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire*, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. II, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 241-261. La nozione di "mezzi di ordine pubblico" non ha ancora trovato nessuna definizione nel diritto positivo. Particolarmente efficace è quella tratteggiata dall'Avvocato Generale Jacobs: «[è] difficile definire i "motivi di ordine pubblico". Quali siano le questioni che un giudice può rilevare d'ufficio dipende in definitiva dai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico considerato, dalle funzioni svolte rispettivamente dalle parti e dal giudice ai sensi delle norme di procedura applicabili, dal tipo di giurisdizione chiamata ad applicare la nozione e dal livello della giurisdizione investita della causa» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 30 marzo 2000 presentate nella causa n. C-210/98 P, *Salzgitter AG*, già *Preussag Stahl AG*, c. *Commissione delle Comunità europee e Repubblica federale di Germania*, sentenza del 13 luglio 2000, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5843, punto 134). Sempre Jacobs propone di superare la distinzione che viene fatta tra legalità esterna e legalità interna di un atto, in base alla quale i giudici comunitari sarebbero tenuti ad invocare d'ufficio i mezzi sulla competenza e la violazione delle forme sostanziali – ossia i motivi che riguardano il modo in cui un atto è stato adottato, dunque la sua legalità "esterna" – ma non quelli relativi al contenuto di una misura europea – appunto, la legalità "interna" – ossia la violazione dei Trattati o di qualsiasi norma giuridica relativa alla loro applicazione, e lo sviamento di potere. L'Avvocato Generale rileva, in primo luogo, che «la distinzione tra i vari motivi d'annullamento è di per sé formalistica ed incerta. Occorre tenere conto del fatto che il terzo motivo d'annullamento comprende i primi due, in quanto l'incompetenza e la violazione di una forma sostanziale costituiscono sempre violazioni del diritto comunitario». Inoltre, Jacobs fa notare come i vizi di legalità interna degli atti non possano per nulla essere considerati secondari rispetto ai motivi di annullamento per la legalità esterna: «considerato il ruolo che la Corte riveste di custode del diritto, sarebbe inammissibile che a quest'ultima fosse precluso sollevare d'ufficio un vizio sostanziale, grave e manifesto, come la violazione di un diritto fondamentale (...) mentre potrebbe sollevare d'ufficio violazioni di determinate norme di procedura» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 30 marzo 2000 nella causa n. C-210/98 P, *loc. cit.*, punto 137).

vero che sono le parti a disporre dell'oggetto del processo, la Corte di giustizia, sin dall'inizio della sua attività, ha stabilito il dovere di rilevare d'ufficio il vizio di un atto sottoposto al suo giudizio «in casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso»¹³³. Parafrasando una delle prime sentenze sul punto dei giudici di Lussemburgo, pare davvero inverosimile che la Corte non abbia considerato «inopportuno lasciar sussistere dubbi»¹³⁴ su una questione così delicata quale la portata dei poteri della Commissione e del Consiglio sul piano internazionale, ove è più che necessario per il sistema europeo riuscire a rapportarsi chiaramente ai propri *partner*.

Con tutta probabilità, allora, l'inciso "minaccioso" della Corte ha, più che altro, un obiettivo politico: continuare a tenere sulla corda la Commissione, spingendola a far sì che gli strumenti giuridici in cui sintetizza i risultati della sua cooperazione amministrativa internazionale siano sempre accompagnati dal più ampio consenso da parte di tutti i protagonisti istituzionali della vita comunitaria, poiché, se così non fosse, potrebbe sempre entrare in scena, per superare ogni impasse, il Consiglio dei ministri.

13. L'infondatezza del motivo di impugnazione relativo ad una illegittima restrizione del diritto di iniziativa legislativa della Commissione e la contestuale indicazione del fondamento giuridico degli accordi amministrativi conclusi dal Collegio con gli Stati terzi

Accanto al vizio di incompetenza a concludere le *Guidelines*, la Francia ha anche sostenuto che l'Accordo UE/USA in materia di Orientamenti rappresenta una illegittima restrizione del monopolio di iniziativa legislativa di

¹³³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705, punto 21. Per alcune sentenze relative alle ipotesi in cui i giudici comunitari si pronunciano *ex officio* per motivi di ordine pubblico cfr. le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 20 febbraio 1997 in causa n. C-166/95 P, *Commissione delle Comunità europee c. Frédéric Daffix*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 983, punto 24; 2 aprile 1998 in causa n. C-367/95 P, *Commissione delle Comunità europee c. Sytraval e Brink's France*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1719, punto 67; 6 aprile 2000 in cause riunite C-287/95 P e C-288/95 P, *Commissione delle Comunità europee c. Solvay SA*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2391, punto 55; 6 aprile 2000 in causa n. C-286/95 P, *Commissione delle Comunità europee c. Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2341, punto 51; 13 luglio 2000 in causa n. C-210/98 P, *Salzgitter AG, già Preussag Stahl AG, c. Commissione delle Comunità europee e Repubblica federale di Germania*, cit. *supra*, nota 132, punto 56; sentenze del Tribunale di primo grado: 21 marzo 2001 in causa n. T-206/99, *Métropole télévision c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 1057, punto 43; 12 luglio 2001 in cause riunite n. T-12/99 e n. T-63/99, *UK Coal plc c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2153, punto 199; 22 giugno 2005 in causa n. T-102/03, *Centro informativo per la collaborazione tra le imprese e la promozione degli investimenti in Sicilia SpA (CIS) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 2357, punto 46.

¹³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1959 in causa n. 14/59, *Pont-à-Mousson c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1959, p. 437, a p. 461.

cui la Commissione gode nell'ambito del sistema comunitario¹³⁵, restrizione suscettibile di incidere significativamente sull'insieme del processo decisionale europeo. Le tesi difensive sviluppate in proposito dalla Commissione, le considerazioni dell'Avvocato Generale, e, soprattutto, le statuizioni della Corte di giustizia sono di grande interesse poiché, a ben guardare, indicano chiaramente il fondamento giuridico dell'attività di cooperazione amministrativa internazionale della Commissione con i Paesi terzi.

Come noto, il Trattato conferisce alla sola Commissione il potere di sviluppare ed introdurre proposte per l'adozione di atti comunitari vincolanti, anche se questa funzione può essere sollecitata dal Consiglio e, a seguito delle integrazioni apportate dal Trattato di Maastricht, dal Parlamento¹³⁶. Ad avviso della Francia, la Commissione, concludendo le *Guidelines*, ha violato il dovere di esercitare in piena libertà l'iniziativa legislativa, sotto il profilo della decisione di sottoporre o meno una proposta, nonché per quanto concerne la definizione del contenuto di quest'ultima. Impegnandosi a consultare le autorità statunitensi, il Collegio avrebbe assunto un impegno illegittimo poiché, secondo il governo francese, il monopolio di iniziativa legislativa osterebbe a che la Commissione sia tenuta a procedere a consultazioni al di fuori dei casi e degli enti previsti dal Trattato CE; e, soprattutto, accettando di prendere in considerazione, nella propria attività istituzionale, le proposte formulate dagli Stati Uniti in occasione della cooperazione bilaterale UE/USA, l'esecutivo indipendente sarebbe venuto meno al proprio dovere di agire nell'interesse della

¹³⁵ Sul ruolo della Commissione nel processo decisionale comunitario cfr. T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 57; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea - Dal Piano Schumann al progetto di Costituzione per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 50; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 104 ss. e p. 145 ss.; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, Laterza, 2005, p. 22 ss.; S. GOZI, *La Commissione europea - Processi decisionali e poteri esecutivi*, Bologna, Il Mulino, 2005; J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2005, p. 340 ss.; J.-V. LOUIS - D. WAELBROECK (sous la direction de), *La Commission au coeur du système institutionnel des Communautés européennes*, Bruxelles, ULB, 1989; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, cit. supra, nota 3, p. 43 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 144; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea - Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 94 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 36 ss.; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea - Verso una Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 200 ss.

¹³⁶ Cfr., rispettivamente, gli artt. 208 e 192 CE. Per una presentazione delle varie posizioni della dottrina sulla possibilità e sui tipi di censura esercitabili riguardo l'assenza e/o il tipo di risposta della Commissione a fronte di una richiesta di proposta v. A. LO MONACO, *Commento all'art. 208*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 2, p. 982-983; V. SALVATORE, *Commento all'art. 208*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit. supra, nota 2, p. 717-718; R. ADAM, *Commento all'art. 192*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, loc. cit., p. 925-930; M. CONDINANZI, *Commento all'art. 192*, *ivi*, p. 696-698. Recentemente, Parlamento, Consiglio e Commissione, nel *Progetto interistituzionale "Legiferare meglio"* (2003/C 231/01), hanno convenuto che «la Commissione tiene conto delle richieste del Parlamento europeo o del Consiglio, comunicate sulla base dell'art. 192 o dell'art. 208 del Trattato CE relativamente alla presentazione di proposte legislative. Essa fornisce risposte rapide ed appropriate alle commissioni parlamentari competenti e agli organi preparatori del Consiglio» (in *Gu-UE* n. C 321 del 31 dicembre 2003, p. 1, par. 9).

Comunità. Insomma, i "condizionamenti" indebitamente assunti dalla Commissione altererebbero l'equilibrio istituzionale comunitario, riducendo in modo importante, peraltro, il margine di manovra del Consiglio nel procedimento legislativo, poiché l'istituzione intergovernativa, fatta eccezione per l'ipotesi del comitato di conciliazione di cui alla procedura di codecisione, può discostarsi dalla proposta del Collegio solo se riesce ad esprimersi all'unanimità¹³⁷, e, comunque, occorre anche tenere presente l'ulteriore pressione che la Commissione può esercitare detenendo il potere di ritirare la propria proposta.

La Commissione replica enfatizzando come l'esercizio responsabile del suo potere di iniziativa implichi, prima della presentazione di una proposta al legislatore, il completo accertamento del contesto e delle circostanze relativi a un dato progetto di legge, dunque anche la consultazione con tutti i soggetti interessati e il reperimento delle informazioni ritenute necessarie, e ciò al fine di esaminare l'opportunità di una regolamentazione e gli effetti possibili o probabili – vale a dire l'impatto – che una data soluzione legislativa può avere. Solo attraverso una tale condotta la Commissione può presentare proposte «adeguate» al Consiglio e al Parlamento europeo. Del resto, il Trattato CE prevede la possibilità, quando non l'obbligo, per la Commissione di consultare il Comitato economico e sociale e il Comitato delle Regioni (artt. 262 e 265 CE); e il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità prevede, in modo ancor più ampio, che il Collegio «dovrebbe (...) effettuare ampie consultazioni prima di proporre atti legislativi»¹³⁸. Infine, la Commissione ricorda che «[p]ar ailleurs, les relations internationales impliquent par leur nature même l'établissement de contacts, de consultations, de fora de discussions»; ed è avendo riguardo a questo aspetto che, come si è già visto, il Collegio, nel suo libro bianco sulla *Governance*, si prefigge di migliorare il dialogo con gli attori, intergovernativi e non, dei paesi terzi¹³⁹.

L'Avvocato Generale respinge la doglianza francese aderendo alle considerazioni dell'istituzione convenuta: «nell'esercitare il proprio diritto di iniziativa la Commissione [non solo può, ma] *deve* (...) accertare in modo completo le circostanze in cui un progetto di legge viene elaborato. Essa [non solo può, ma] *deve* consultarsi con tutti coloro che sono interessati al fine di esaminare la necessità di una regolamentazione e dei suoi possibili effetti prima di presentare una proposta al Parlamento e al Consiglio»¹⁴⁰. E conclude osser-

¹³⁷ V. gli artt. 250 e 251 del Trattato CE e la Relazione d'udienza della causa n. C-233/02, punti 44-48.

¹³⁸ *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, pubblicato in B. NASCIBENE (a cura di), *Comunità e Unione europea - Codice delle istituzioni*, cit. supra, nota 1, p. 188-191, par. 9.

¹³⁹ V. *Mémoire en défense déposé par la Commission des Communautés européennes dans l'affaire n. C-233/02*, Bruxelles, 6 Septembre 2002, par. 14.

¹⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa n. C-233/02, punto 74. Corsivo aggiunto.

vando che proprio «non si comprende perché una consultazione dei governi di Stati terzi dovrebbe costituire un'eccezione»¹⁴¹ al dovere della Commissione di confrontarsi e informarsi prima di elaborare e presentare una proposta.

Ma, ciò che è di maggior interesse, è la decisione della Corte di dichiarare infondato il secondo motivo, adottando una motivazione per il suo giudizio che, ben lungi dall'essere una liquidazione frettolosa, indica il fondamento giuridico che legittima le modalità della cooperazione amministrativa internazionale della Commissione dinanzi ad essa contestate. Infatti, la Corte non si limita a fare leva sulla comoda e sbrigativa soluzione dell'assenza di forza vincolante per le Linee Guida. Dopo avere sottolineato che l'iniziativa legislativa della Commissione non può certo essere scalfita da un atto che non produce effetti giuridici («occorre (...) ricordare che è stato appurato ... che gli Orientamenti sono privi di forza vincolante. Ne consegue (...) che (...) [questi] non hanno potuto creare obblighi a carico della Commissione quando quest'ultima esercita la sua funzione di iniziativa legislativa»¹⁴²), la Corte afferma che, comunque, «il potere di iniziativa in materia legislativa comporta possibilità di avviare prelieve consultazioni e di raccogliere informazioni ritenute necessarie prima di presentare *proposte adeguate*»¹⁴³. I giudici di Lussemburgo sentenziano, così, nel modo più chiaro, quale sia la base legale degli accordi amministrativi informali della Commissione: essa è una diretta conseguenza della funzione di iniziativa legislativa che il Collegio esercita nel sistema comunitario. La Commissione, dice la Corte, non può presentare proposte improvvisate e approssimative, ma deve adoperarsi per produrre progetti «adeguati». E, per definizione, una proposta può essere adeguata soltanto se elaborata con un confronto ampio, aperto, partecipato e il più possibile informato. Pertanto, la definizione con gli Stati terzi del quadro di coordinamento nel quale sviluppare proposte adeguate è un potere suscettibile di risultare necessario alla Commissione al fine di svolgere correttamente ed efficacemente la funzione di iniziativa legislativa che gli è assegnata dal Trattato CE. La Corte conclude, quindi, che «non si può (...) sostenere che il mero fatto che un atto quale gli Orientamenti consenta siffatte possibilità [ossia, prelieve consultazioni e raccolta di informazioni] comporti l'effetto di violare l'esercizio da parte della Commissione del suo potere di iniziativa»¹⁴⁴.

¹⁴¹ *Ivi*, punto 74.

¹⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 7, punto 50.

¹⁴³ *Ivi*, p. 51. Corsivo aggiunto.

¹⁴⁴ *Ibid.*

14. Gli obblighi di trasparenza dell'Accordo TBT

Per respingere quanto sostenuto dalla Francia a proposito del monopolio di iniziativa legislativa della Commissione, vi è un'ultima considerazione, relativa alla disciplina OMC sugli obblighi di trasparenza per le misure tecniche, alla quale accenna l'Avvocato Generale¹⁴⁵, mentre viene ignorata dalla Corte, evidentemente interessata a far sì che la sua pronuncia avesse la più ampia portata possibile, e non fosse limitata alle sole intese non vincolanti riconducibili agli obblighi di notifica dell'Accordo TBT. Infatti, alla luce di tali obblighi OMC, Parigi non avrebbe dovuto mostrare alcuna sorpresa dinanzi agli elementi operativi di cooperazione e trasparenza codificati nelle *Guidelines*. Ben lungi dal costituire una illegittima interferenza nel processo decisionale comunitario, la consultazione con le autorità di un paese terzo, e il prendere in considerazione i loro commenti a proposito della normativa che si avrebbe intenzione di adottare, fanno parte e costituiscono un'articolazione e uno sviluppo degli impegni assunti dalla Comunità in quanto Membro dell'OMC. Una sezione significativa dell'Accordo TBT è dedicata ad una politica di "prevenzione" delle misure tecniche protezionistiche, che si impernia sul principio di trasparenza e sulla conseguente instaurazione di un dialogo politico tra gli Stati i cui commerci sono interessati da una data normativa nazionale¹⁴⁶. L'Accordo TBT stabilisce che le parti contraenti debbano notificare al Segretariato dell'OMC le proposte di regolamenti tecnici, procedure di valutazione della conformità, accordi internazionali che siano suscettibili di avere un effetto significativo sugli scambi internazionali, laddove, nel settore interessato, non esistano uno *standard*, o linee guida o raccomandazioni, a livello internazionale; oppure, nell'ipotesi in cui tali misure volontarie siano disponibili, l'obbligo di notifica sussiste quando l'oggetto delle proposte non sia stato formulato conformemente agli *standard*, alle linee guida e alle raccomandazioni esistenti¹⁴⁷. Il Comitato TBT ha successivamente precisato che la notifica deve avvenire in tempo utile, vale a dire in uno stadio dell'*iter* legislativo che permetta di prendere in considerazione commenti provenienti

¹⁴⁵ «In proposito [l'ambito dell'OMC] esiste addirittura un obbligo di discutere con i *partner* commerciali americani gli effetti prodotti da una disciplina prevista, prima che questa venga proposta al legislatore europeo. Di conseguenza non è possibile individuare alcuna violazione del diritto di iniziativa della Commissione». Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa n. C-233/02, p. 74.

¹⁴⁶ Su questo aspetto dell'Accordo TBT cfr. WTO Secretariat, *Transparency Provisions of the TBT Agreement*, Geneva, April 2002; European Commission, *The Notification Procedure Created by the Agreement on Technical Barriers to Trade: An Instrument of Market Openness*, in <http://europa.eu.int/comm/enterprise/tbt/index.cfm>, sito consultato il 28 agosto 2004.

¹⁴⁷ Cfr. gli artt. 2.9, 5.6, 10.7 dell'Accordo TBT. V. anche *WTO Analytical Index, Agreement on Technical Barriers to Trade*, in <http://www.wto.org>.

dagli Stati terzi, ed eventualmente trasportarli attraverso apposite modifiche delle proposte fatte circolare tra i Membri OMC¹⁴⁸.

Pertanto, l'Accordo sugli Orientamenti rappresenta uno strumento che ribadisce gli obblighi procedurali di trasparenza assunti dalla Comunità aderendo all'OMC, esaltandone la finalità di prevenzione degli ostacoli al commercio non necessari, e che li incrementa e li articola con particolare riferimento alla partecipazione dei soggetti privati interessati.

15. Conclusioni

A nostro avviso, non si può che apprezzare il raffinato giudizio con il quale la Corte ha risolto una partita così complessa e insidiosa, segnata da tensioni interne al sistema comunitario di lunga data, e da esigenze da tempo bisognose di una risposta sul piano internazionale¹⁴⁹. Essa ha avallato l'operato della Commissione, mostrando, così, di riconoscere la necessità, nell'attuale panorama delle relazioni esterne, di uno strumento innovativo – di vera e propria *governance* mondiale – di costante confronto e di apertura tra le diverse amministrazioni e tutti i soggetti interessati appartenenti a più nazioni. Il principio di cooperazione e quello di trasparenza¹⁵⁰ sono, infatti, a tutt'oggi, gli unici precetti e i mezzi più efficaci che la Comunità internazionale, soprattutto nel settore degli scambi internazionali, ha saputo forgiare per pervenire a soluzioni condivise in un mondo sempre più interconnesso, ma ancora incapace di esprimere meccanismi decisionali di portata globale, percepiti come legittimi dall'imponente massa dei destinatari, per contemperare diversi interessi, valori e priorità. La qualità della soluzione elaborata dalla Commissione con gli Stati Uniti è, del resto, testimoniata dal rapido diffondersi del modello

¹⁴⁸ «When implementing the provisions of Articles 2.9.2, 3.2 (in relation to Article 2.9.2), 5.6.2 and 7.2 (in relation to Article 5.6.2), a notification should be made when a draft with the complete text of a proposed technical regulation or procedures for assessment of conformity is available and when amendments can still be introduced and taken into account». G/TBT/1/Rev.7, *Decisions and Recommendations Adopted by the Committee Since 1 January 1995*, 28 November 2000, a p. 15. Sulla politica di trasparenza espresso dall'Accordo TBT cfr. E. BARONCINI - J. FERNANDEZ PONS, *The WTO Context for Sustainability Labelling and Certification*, in M. CAMPINS ERITJA (ED.), *Sustainability Labelling and Certification*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 125-167e la bibliografia ivi citata.

¹⁴⁹ Già le sole conclusioni dell'Avvocato Generale, che confermavano la legittimità dell'Accordo sugli Orientamenti, avevano notevolmente incrementato le intese informali sulla falsariga delle *Guidelines*: «all of these informal arrangements received a significant boost thanks to a recent opinion by the Advocate General of the European Court of Justice defending the constitutionality of TEP guidelines and effectively encouraging the United States and the European Commission to consult each other on proposed EU regulations before they receive the European Council's [più correttamente *Council of the European Union!*] formal approval». U.S.-EU Cooperation on Regulatory Affairs, Charles P. Ries, Principal Deputy Assistant Secretary for European and Eurasian Affairs, *Testimony before the Senate Foreign Relations Committee - Subcommittee on European Affairs*, Washington DC, October 16, 2003, in <http://www.state.gov>, sito consultato il 10 febbraio 2004.

¹⁵⁰ V. *supra*, par. 6 e 14.

delle *Guidelines* con altri Stati e dalla sua concreta applicazione in molteplici settori¹⁵¹. Ma se ha apprezzato l'Accordo sugli Orientamenti quale strumento di *governance* mondiale, la Corte ha decisamente respinto le altre ambizioni della Commissione, la quale rivendicava, sulla base della natura non vincolante delle Linee Guida, il diritto ad affrancarsi totalmente da qualsiasi controllo da parte dei giudici di Lussemburgo: «la Cour –scrive la Commissione nelle sue memorie difensive – ne peut avoir accès au fond, au contenu de

¹⁵¹ Per quanto riguarda gli sviluppi delle *Guidelines* nei rapporti UE/USA, ricordiamo lo scambio di lettere tra la *National Highway Traffic Safety Administration for the U.S. Department of Transportation* e la Direzione generale per l'impresa della Commissione, avvenuto il 13 giugno 2003, che riguarda la cooperazione per il miglioramento della sicurezza delle vetture attraverso incontri periodici, scambio di informazioni, coordinamento nei consessi internazionali per la definizione degli *standard*, analisi congiunte (*Exchange of Letters between the United States of America and the European Commission Relating to the Regulatory Co-operation in the Field of Motor Vehicle Safety from Paul Weissenberg, Director of DG Enterprise F, to Jeffrey W. Runge, MD, US Department of Transportation - National Highway Traffic Safety Administration*, 13 June 2003); l'accordo del 12 settembre 2003 tra la Commissione europea, l'Agenzia europea per la valutazione dei prodotti medici (*European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*, EMEA) e la *Food and Drug Administration* (FDA) degli Stati Uniti, relativo allo scambio di informazioni, anche confidenziali, per accelerare l'accesso dei pazienti a farmaci nuovi ed innovativi, riducendo gli oneri finanziari e migliorando la ricerca, e quindi la qualità del prodotto finale (*Confidentiality Agreement between the European Commission, the European Agency for the Evaluation of Medicinal Products (EMA) and the US Food and Drug Administration (FDA)*, 12 September 2003, in <http://www.emea.eu.int>, v. anche EMEA, *Public Statement - EU/US FDA Bilateral Meeting*, 12 September 2003, *ibid.*); le Linee Guida per lo scambio di informazioni e la cooperazione amministrativa tra l'Agenzia federale per la sicurezza dei consumatori (*U.S. Consumer Product Safety Commission*, CPSC) e la Direzione generale della Commissione sulla tutela della salute e del consumatore (DG SANCO) del febbraio 2005, relativo al coordinamento per migliorare la sicurezza dei prodotti non alimentari (*Guidelines for Information Exchange and on Administrative Cooperation between the U.S. Consumer Products Safety Commission and the Directorate-General Health and Consumer Protection of the European Commission*, February 2005). Sulla cooperazione tecnica UE/Usa si vedano inoltre le due "Roadmaps": *Roadmap for EU-U.S. Regulatory Cooperation and Transparency*, June 2004, e 2005 Roadmap for U.S.-EU Regulatory Cooperation, June 2005. Sulla trasposizione del modello delle *Guidelines* ad altri rapporti bilaterali dell'Unione europea si vedano le intese raggiunte con la Cina per prevenire conflitti commerciali e errate interpretazioni della legislazione nel settore dei prodotti industriali, e per instaurare il dialogo, esteso anche al settore privato, nella politica industriale: *Minutes of the Meeting for Establishing the Consultation Mechanism on Industrial Products and WTO/TBT between the General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine of the People's Republic of China and the Enterprise Directorate-General of the European Commission*, 30 October 2002, e *Minutes of the Meeting for Establishing the Framework of the Industrial Policy Dialogue between the European Commission and the People's Republic of China*, 17 September 2003. Ma l'innesto più felice dell'Accordo UE/USA sugli Orientamenti si è avuto nelle relazioni tra Europa e Canada, poiché, seguendo le stesse tappe di concertazione politica, il Governo canadese e la Commissione europea hanno definito un'intesa maggiormente articolata e avente un oggetto più ampio, poiché include tutte le misure che ricadono nell'Accordo TBT e nell'Accordo SPS dell'OMC (cfr. *Government of Canada - European Commission Framework on Regulatory Co-operation and Transparency*, Bruxelles, 21 dicembre 2004; IP/04/2004, *Boosting Business Between EU and Canada*, Brussels, 21 dicembre 2004). La Commissione mantiene anche l'accortezza di "prendere nota", anziché predisporre un progetto di approvazione dei *non-binding agreements* stipulati, come risulta dalla nota informativa predisposta dal Commissario Verheugen a proposito dell'Intesa UE/Canada: «importantly, as stated in the text, the Framework as a whole is to be applied on a voluntary basis. Moreover, the document will not be legally binding for either side; rather, it will be "adopted" politically between me and the Canadian Trade Minister Peterson on 20, 21 or 22 December 2004» (SEC(2004)1591, *EU-Canada Framework for Regulatory Co-operation, Information Note from Vice-President Verheugen to the College*, 14 dicembre 2004, testo evidenziato nell'originale). I testi dei documenti qui citati sono consultabili nel sito http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/gov_relations.

l'acte prétendument contraignant sans tenir compte de la forme qui est aussi le reflex de l'intention et de la volonté des parties»¹⁵². E, invece, la Corte, ben lungi dal dichiarare il ricorso irricevibile per difetto di atto impugnabile, non solo è entrata nel merito, ma ha anche indicato che un atto non vincolante quale l'Accordo sugli Orientamenti può essere assunto dalla Commissione solo a seguito di un consistente processo europeo di concertazione politica, che coinvolge il Consiglio e i Comitati competenti. Pertanto, la Francia, pur non essendo riuscita a sventare le *Guidelines*, può, comunque, registrare due risultati positivi: l'affermazione della competenza della Corte ad entrare nel merito per sindacare su un atto quale l'Accordo sugli Orientamenti, e quella della necessità della previa concertazione politica per la sua legittima adozione.

Ecco, dunque, il punto di equilibrio individuato dalla Corte, chiamata a mediare tra *a.* la tradizionale ritrosia governativa a conferire espressamente alla Commissione, istituzione indipendente dagli Stati, una funzione internazionale autonoma, poiché tale potere politico potrebbe sfuggire ad un continuo controllo degli Stati¹⁵³, e *b.* le esigenze della attuale vita internazionale, dove il costante coordinamento tra le autorità dei soggetti internazionali è elemento centrale e di base per evitare attriti che, una volta verificatisi, non sempre è agevole eliminare anche laddove sia possibile ricorrere ad un meccanismo di risoluzione delle controversie di carattere giurisdizionale¹⁵⁴. La Corte accoglie la strategia pazientemente messa a punto dalla Commissione e dall'amministrazione statunitense in un quadro di consenso politico transatlantico, con il favore di quasi tutti gli Stati membri, e sfociata in uno strumento di *soft law* quale è l'Accordo informale sugli Orientamenti¹⁵⁵. Però, essa

¹⁵² *Mémoire en réplique déposé par la Commission des Communautés européennes dans l'affaire n. C-233/02*, Bruxelles, le 3 décembre 2002, a p. 4.

¹⁵³ J.-V. LOUIS, *La personnalité juridique internationale de la Communauté et de l'Union européenne*, in J.-V. LOUIS - M. DONY (sous la direction de), *Relations extérieures*, cit. supra, nota 3, p. 25-56, a p. 38.

¹⁵⁴ Inoltre, la Corte sa sicuramente che la convergenza UE/USA sulle discipline tecniche, facilitata da strumenti quali le *Guidelines*, non solo riduce gli ostacoli agli scambi transatlantici, ma ha gli stessi effetti positivi su tutto il commercio internazionale, poiché sono proprio l'Unione europea e gli Stati Uniti che, di fatto, definiscono gli *standard* a livello mondiale, come è stato osservato in una audizione dinanzi al Senato USA: «our continuing progress on regulatory convergence promises significant benefits not only to the U.S. and EU economies, but to the world economy as well (...) Since US-EU regulatory cooperation sets the standard for the rest of the world, the more regulatory convergence we achieve, the more we facilitate trade among all nations. Clearly this issue affects trade on a much larger scale than many would believe» (U.S.-EU Cooperation on Regulatory Affairs, Charles P. Ries, Principal Deputy Assistant Secretary for European and Eurasian Affairs, *Testimony before the Senate Foreign Relations Committee - Subcommittee on European Affairs*, cit. supra, nota 149).

¹⁵⁵ A proposito degli strumenti di *soft law*, si vuole qui sottolineare che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, un atto non vincolante è cosa ben diversa da un atto inesistente: «occorre sottolineare – ha affermato alla Corte a proposito delle raccomandazioni di cui all'art. 249 del Trattato CE – che gli atti di cui trattasi non possono essere considerati (...) privi di qualsiasi effetto giuridico» (sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989 in causa n. 322/88, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, in *Raccolta*, 1989, p. 4407, punto 18). Pertanto, anche con riferimento alle raccomandazioni adottate dagli organi misti preposti alla gestione degli

precisa in modo inequivocabile di essere disposta a mantenere il suo *imprimatur* su una tale operazione di *constructive ambiguity*¹⁵⁶ solo a patto che vengano osservati gli elementi da lei stessa indicati: l'importante potere riconosciuto alla Commissione deve essere suscettibile di un pieno controllo giurisdizionale, e gli atti non vincolanti che scaturiscono dal suo esercizio devono essere il risultato ampiamente condiviso di una trasparente preparazione politica.

Si è appena definito il processo di elaborazione delle *Guidelines* come un'operazione di *constructive ambiguity*. A ben guardare, infatti, vi è una certa dose di *ambiguità* poiché la Corte afferma che le *Guidelines* sono «priv[e] di forza vincolante»¹⁵⁷, ma, al tempo stesso, riconosce che si tratta di «un *atto mirante a ridurre i rischi di divergenze* legati all'esistenza di ostacoli tecnici allo scambio di beni»¹⁵⁸. È, quindi, evidente che le Linee Guida hanno una natura normativa, in quanto sono volte a preordinare il comportamento futuro delle autorità UE e USA preposte alla disciplina tecnica per evitare la permanenza o il sorgere di regolamentazioni tra loro incompatibili. Tale natura normativa, però, è stata predisposta in modo particolarmente flessibile, avendo le parti concordato che, laddove una di loro non possa attenersi, non vi siano pesanti conseguenze, in particolare non si dia luogo a responsabilità internazionale¹⁵⁹. Allora, più che parlare di "atto non vincolante", forse sarebbe

accordi internazionali conclusi dalla Comunità, i giudici di Lussemburgo, dopo aver stabilito la propria competenza a pronunciarsi su tali atti non vincolanti nell'ambito di un ricorso pregiudiziale – poiché, «[d]ato il loro collegamento diretto con l'accordo di cui costituiscono l'attuazione, gli atti provenienti dagli organi istituiti con un accordo internazionale ... e incaricati della sua attuazione fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario» (sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 1993 in causa n. C-188/91, *Deutsche Shell AG c. Hauptzollamt Hamburg-Hamburg*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 263, punto 17) – hanno affermato che «i giudici nazionali devono ... tenerle in considerazione ai fini della soluzione delle controversie a loro sottoposte, segnatamente quando esse sono utili all'interpretazione delle disposizioni della convenzione» (causa *Deutsche Shell*, *loc. cit.*, punto 18), ed anche «quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante» (causa *Grimaldi*, *loc. cit.*, punto 18. Tutti i corsivi sono aggiunti). Sull'obbligo di «prendere in considerazione» le raccomandazioni cfr., più recentemente, le sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1998 in causa n. C-162/97, Procedimento penale a carico di *Gunnar Nilsson*, *Per Olov Hagelgren e Solweig Arrborn*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7477, punto 49 e dell'11 settembre 2003 in causa n. C-207/01, *Altair Chimica SpA e ENEL Distribuzione SpA*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8875, punto 41. Sulla *soft law* nel sistema comunitario cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004.

¹⁵⁶ Con questa espressione, solitamente attribuita a Henry Kissinger, si indica, nel gergo dei diplomatici, l'uso deliberato di un linguaggio ambiguo per arrivare, comunque, al consenso sul testo di una determinata norma, accordo, dichiarazione ecc. V. la voce corrispondente in G. BERRIDGE - A. JAMES, *A Dictionary of Diplomacy*, New York, Palgrave MacMillan, 2005.

¹⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004 in causa n. C-233/02, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit. supra*, nota 7, p. 50.

¹⁵⁸ *Ivi.*, punto 40. Per ampie considerazioni sul fatto che risulterebbe più appropriato parlare di diversi gradi di intensità normativa, anziché operare una distinzione ambigua tra accordi internazionali vincolanti e non cfr. J. KLABBERS, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague-Boston-London, Kluwer Law International, 1996.

¹⁵⁹ «Carattere comune [degli accordi internazionali non vincolanti] sembra essere la volontà delle parti che, in caso di non osservanza, essi non ingenerino responsabilità internazionale». T.

più vicino alla realtà affermare che le parti hanno scelto una misura con un basso livello di incidenza sulla discrezionalità delle rispettive amministrazioni poiché incentrata su obblighi di mezzi, non di risultato. Questa ambiguità risulta, comunque, *costruttiva*, poiché la natura volontaria delle *Guidelines* – che, peraltro, non implica affatto l'autorizzazione a ignorare il principio generale di buona fede nella condotta delle relazioni internazionali – ¹⁶⁰ è l'unica forma giuridica accettata dagli Stati membri per agevolare l'attività di cooperazione amministrativa internazionale che la Commissione si trova nella necessità di dover compiere. Insomma, grazie ad una manovra di "diplomazia lessicale", tutti raggiungono il loro obiettivo: gli Stati membri possono affermare, formalmente, che la Commissione europea non ha *treaty making power* per concludere accordi amministrativi vincolanti con gli Stati terzi; e alla Commissione è stato riconosciuto il potere di ricorrere a importanti strumenti come l'Accordo sugli Orientamenti, purché suscettibili di essere presentati come non vincolanti. Grazie alle precisazioni della Corte di giustizia, sappiamo che la Commissione non potrà trasformare detto potere in un esercizio non controllabile e privo di un solido sostegno politico di carattere intergovernativo.

Elisa Baroncini

TREVES, *Diritto internazionale - Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2005, a p. 361.

¹⁶⁰ Nella dottrina internazionalistica vi è completa convergenza sul fatto che il principio di buona fede sostiene l'interpretazione e l'applicazione anche degli accordi non vincolanti, in quanto si tratta dell'obbligo sul quale deve essere imperniata la condotta dei soggetti internazionali nelle loro reciproche relazioni. Cfr. P. H. KOOLMANS, *Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-Creating Process*, in *Essays in Honour of Krzysztof Skubieszewski, Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 425-437; M. VIRALLY, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1983, Conclusions, p. 254-257, a p. 254.

LA POSIZIONE DEL PRATICANTE LEGALE NEL DIRITTO COMUNITARIO FRA RICONOSCIMENTO ACCADEMICO E RICONOSCIMENTO PROFESSIONALE

Sommario: **1.** *La regolamentazione della libera circolazione degli avvocati nel diritto comunitario e la posizione del praticante legale* - **2.** *Il riconoscimento dei diplomi a fini accademici* - **3.** *Il riconoscimento dei diplomi a fini professionali* - **4.** *La qualifica dell'attività del praticante legale nell'ordinamento italiano* - **5.** *La giurisprudenza comunitaria sulla situazione dei tirocinanti e il caso Vlassopoulou* - **6.** *La sentenza Morgenbesser del 13 novembre 2003.*

1. La regolamentazione della libera circolazione degli avvocati nel diritto comunitario e la posizione del praticante legale: il rinvio nel caso *Morgenbesser*

Il diritto comunitario si è a lungo occupato di regolamentare la libera circolazione dei professionisti, nei due aspetti di libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, ovviando, prima tramite le direttive settoriali e poi tramite i due sistemi generali di riconoscimento (direttiva n. 89/48/Cee¹ e direttiva n. 92/51/Cee²), agli ostacoli frapposti a tale libertà dagli Stati membri, dovuti principalmente alle differenze di formazione esistenti nei sistemi interni.

La categoria professionale che, più di altre, ha fornito "occasioni" alla giurisprudenza comunitaria, è certamente quella degli avvocati, basti pensare

¹ Direttiva n. 89/48/Cee, in *Guce* n. L 19 del 24 gennaio 1989, p. 16. Per un quadro dei primi interventi comunitari in materia di professioni vedi A. TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, Cedam, 1985. Per una prima valutazione della proposta di direttiva vedi C. ZILIOI, *La proposta di direttiva CEE sul riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore. Rapporti tra settore culturale e settore economico nella Comunità europea. Il caso delle professioni liberali*, in questa *Rivista*, 1986 p. 633 ss. Sul sistema generale di riconoscimento dei diplomi, con riferimento anche alle necessità di coordinamento delle disposizioni nazionali in materia di professioni, vedi C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, in questa *Rivista*, 1992, p. 669 ss. e L. LEZZI, *Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2003, p. 383 ss.

² Direttiva n. 92/51/Cee, in *Guce* n. L 209 del 24 luglio 1992, p. 25.

alle prime sentenze *Reyners*³ e *Van Bisbergen*⁴, ai casi *Thieffry*⁵, *Gullung*⁶ e alle più recenti *Arduino* e *Wouters*⁷ sia pur relative all'applicazione del diritto della concorrenza a tale categoria. Ancora a tale professione, ora in relazione al periodo di formazione necessario per acquisire il titolo professionale, si riferisce la questione esaminata dalla Corte nel caso *Morgenbesser*⁸.

Si tratta di un rinvio pregiudiziale, effettuato da parte della Corte di cassazione italiana, che pone per la prima volta il problema della qualificazione dell'attività del praticante legale al fine di valutare la possibilità di applicare al medesimo la disciplina del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in base agli stessi principi espressi dalla Corte di giustizia in relazione alla professione di avvocato.

La controversia è sorta a seguito del rifiuto da parte dell'Ordine degli avvocati di Genova di iscrivere nel registro dei praticanti avvocati una cittadina francese, laureatasi in Francia, rifiuto motivato sulla base della necessità (prevista dal rdl n. 1578/33⁹) di possedere una laurea italiana ai fini dell'iscrizione.

Il punto fondamentale da risolvere è pertanto quello della qualifica del praticante legale ai sensi del diritto comunitario.

Una prima questione da affrontare riguarda la possibilità di applicare a tale soggetto la disciplina prevista per il professionista vero e proprio, posto che ci troviamo di fronte ad un individuo che non può ancora esercitare la professione autonomamente, ma che sta semplicemente completando la sua formazione, al fine di poter successivamente sostenere un esame di Stato che lo abi-

³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, 1974, p. 631.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974 in causa n. 33/74, *van Binsbergen*, in *Raccolta*, 1974, p. 1299.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1977 in causa n. 71/76, *Thieffry*, in *Raccolta*, 1977, p. 765.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1988 in causa n. 292/86, *Gullung*, in *Raccolta*, 1988, p. 111.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Arduino*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1529; sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *Wouters*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577. Per un commento a tali sentenze vedi B. NASCIBENE - S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 602 ss. e A. J. VOSSESTEIN, *Case Law*, in *CMLR*, 2002, p. 842 ss. Più in generale sulla libera circolazione dei professionisti vedi M. CONDINANZI - B. NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 330 ss. e, con particolare riferimento alla professione di avvocato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, B. NASCIBENE - C. SANNA, *Norme comunitarie e norme nazionali sull'esercizio della professione forense in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 349 ss.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-313/01, *Morgenbesser*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13467. Per un commento vedi S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento dei diplomi: recenti sviluppi*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 746 ss., C. TUO, *La «professione» del praticante avvocato secondo la Corte di Giustizia: alcuni rilievi sul caso Morgenbesser*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 435 ss.

⁹ Rdl n. 1578 del 1933, Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore, in *Guri* n. 281 del 5 dicembre 1933, p. 5521.

literà a fregiarsi del titolo professionale. Alla pratica professionale, in Italia come altrove, si accede dopo aver conseguito il titolo accademico, che, pur sancendo la fine del percorso formativo teorico, non abilita direttamente all'esercizio di una attività professionale.

Sul punto è necessario innanzitutto ricordare che per il riconoscimento del titolo di studio si deve seguire un *iter* diverso da quello previsto per il riconoscimento del titolo professionale, *iter* che si colloca al di fuori dell'ambito di integrazione comunitaria. Prima di procedere nell'analisi della qualifica del praticante ai sensi del diritto comunitario, si rende pertanto necessario precisare la distinzione esistente fra la categoria del riconoscimento a fini accademici e quella del riconoscimento a fini professionali.

2. Il riconoscimento dei diplomi a fini accademici

A partire dal Trattato di Maastricht, l'art. 126 contiene un riferimento alla necessità, per la Comunità, di incoraggiare il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio¹⁰, come presupposto necessario per incentivare la mobilità degli studenti e degli insegnanti al fine di garantire lo sviluppo di un sistema educativo di qualità. Proprio da tale previsione si desume, *a contrario*, la mancanza di una competenza ad adottare norme comunitarie sul punto, trovandosi il vero e proprio riconoscimento accademico dei titoli di studio, contrariamente a quanto avviene per il riconoscimento a fini professionali, nelle competenze spettanti agli Stati membri¹¹.

Perciò l'attività degli Stati in questo settore si è sviluppata a livello di Consiglio d'Europa, in particolare tramite la Convenzione sul riconoscimento delle qualifiche relative all'istruzione superiore, (che sostituisce la precedente Convenzione europea sul riconoscimento accademico delle qualifiche universitarie del '58¹²) adottata a Lisbona l'11 aprile 1997¹³, dalla quale non sono ancora vincolati tutti gli Stati membri della Comunità europea¹⁴. In base a tale Conven-

¹⁰ Sul punto si veda J. PERTEK, *L'Europe des diplômes et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 140 ss., e la comunicazione della Commissione del 13 dicembre 1994 COM(94)596 final.

¹¹ Per una conferma della mancanza di competenza comunitaria sul punto si veda, ad esempio la risposta della Commissione (*Cresson*) all'interrogazione scritta E-2950/98, in *Guce* n. C 135 del 14 maggio 1999, p. 144. In tale risposta «la Commissione sottolinea ancora una volta che il riconoscimento accademico dei diplomi e le condizioni alle quali il titolare deve ottemperare affinché il suo diploma venga riconosciuto, rientrano nella sola competenza degli Stati membri».

¹² Convenzione europea sul riconoscimento accademico delle qualifiche universitarie, Parigi, 14 dicembre 1959, adottata in seno al Consiglio d'Europa.

¹³ Convenzione del Consiglio d'Europa-Unesco, sul riconoscimento delle qualifiche relative all'istruzione superiore nella Regione europea, adottata nella Conferenza Diplomatica di Lisbona l'11 aprile 1997. Tale Convenzione sostituisce tutte le precedenti Convenzioni in materia di riconoscimento dei titoli accademici adottate dal Consiglio d'Europa e dall'Unesco.

¹⁴ La Convenzione di Lisbona, entrata in vigore il 1° febbraio 1999, non risulta in vigore per tutti gli Stati membri. La Germania non ha ancora proceduto alla sua ratifica, così come i Paesi

zione gli Stati hanno l'obbligo di riconoscere i titoli accademici conseguiti all'estero, salvo il caso in cui esistano differenze sostanziali di formazione.

La Convenzione di Lisbona, e più in generale la cooperazione in seno al Consiglio d'Europa, ha avuto riflessi anche a livello comunitario. Infatti a fianco delle reti ENIC¹⁵, create dal Consiglio d'Europa e dall'UNESCO, sono state istituite dalla Commissione europea le reti NARIC¹⁶ per favorire la diffusione delle informazioni in tema di riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio negli Stati membri dell'Unione europea, nei Paesi SEE e nei Paesi associati dell'Europa centrale ed orientale.

Oltre a tali strumenti generali, gli Stati membri affrontano spesso la questione del riconoscimento accademico tramite convenzioni bilaterali specifiche, basate sul principio di reciprocità, che comunque lasciano alle singole Università la valutazione delle domande di riconoscimento.

A livello comunitario le uniche previsioni esistenti relative al riconoscimento accademico sono quelle definite «per sostituzione»¹⁷. Si tratta di disposizioni relative a specifici periodi di studi effettuati all'estero, giustificate al fine di garantire la mobilità degli studenti all'interno della Comunità europea, previste dai programmi comunitari di scambio, rientranti nell'azione *Erasmus* all'interno del programma *Socrates*¹⁸. Tale azione non è finalizzata a garantire la mobilità al soggetto già in possesso di una qualifica accademica, bensì allo studente che deve ancora terminare l'*iter* che lo porterà a tale qualifica e al docente in quanto tale. Il riconoscimento del titolo finale, finalizzato a poter iniziare in un altro Stato membro un secondo ciclo di studi, viene invece definito riconoscimento «per accumulazione» ed esula dal diritto comunitario,

Bassi e il Belgio, mentre Spagna e Grecia non l'hanno neanche firmata. La Convenzione (al giugno 2006, dati del Consiglio d'Europa, reperibili sul sito www.coe.int) risulta entrata in vigore per gli altri Stati membri, compresa l'Italia, che ha proceduto alla ratifica con legge n. 148 dell'11 luglio 2002, in *Guri* n. 173 del 25 luglio 2002, *suppl. ord.* Stranamente il sito del Consiglio d'Europa non dà atto dell'avvenuta ratifica da parte dell'Italia.

¹⁵ La rete ENIC (*European Network of Information Centres*) svolge funzioni informative nei confronti di organizzazioni e individui in relazione alla mobilità professionale e accademica, nonché alle procedure per il riconoscimento delle qualifiche ottenute all'estero.

¹⁶ L'acronimo NARIC indica i *National Academic Recognition Information Centers*. Si tratta della rete dei centri nazionali d'informazione sul riconoscimento dei titoli accademici, finalizzata a fornire informazioni alle istituzioni e ai singoli sulle procedure di riconoscimento di titoli di studio esteri e a promuovere la mobilità di studenti, docenti e ricercatori. In Italia opera all'interno di tale rete il CIMEA (Centro Informazione Mobilità Equivalenze Accademiche): per maggiori informazioni vedi il relativo sito internet www.cimea.it.

¹⁷ Si tratta del riconoscimento dei crediti conseguiti all'estero in sostituzione dei correlativi previsti dalla propria Università di origine. Sul punto vedi COM(94)596 def. del 13 dicembre 1994, in particolare p. 6, ove la Commissione distingue fra quattro diverse modalità di riconoscimento, due ai fini professionali (*de iure* per il caso di professioni regolamentate e *de facto* in caso contrario) e due a fini accademici (per accumulazione e per sostituzione).

¹⁸ Il programma *Socrates* II, volto a migliorare tale mobilità di studenti e docenti per il periodo 2000-2006, è stato adottato il 24 gennaio 2000 con decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 253/2000/Ce, in *Guce* n. L 28 del 3 febbraio 2000, p. 1.

salvo per quanto riguarda alcuni strumenti agevolativi come lo *European Community Course Credit Transfer* (ECTS)¹⁹.

Il problema del riconoscimento accademico si è posto, davanti alla Corte di giustizia, nel caso *Kraus*²⁰, nel quale è stata considerata ammissibile la limitazione posta da uno Stato membro, mediante un sistema di previa autorizzazione amministrativa, all'utilizzo sul suo territorio di un diploma universitario post-laurea conseguito in altro Stato membro. La normativa tedesca prevedeva la necessità di presentare domanda di riconoscimento accademico al ministero competente²¹ che, previa valutazione, procedeva a concedere autorizzazione all'utilizzo del titolo, procedura che la Corte ha ritenuto giustificata da ragioni di tutela dei consumatori contro l'uso abusivo di titoli universitari, purché proporzionata rispetto a tale obiettivo²². Nel caso di specie però la situazione analizzata dalla Corte non è equiparabile al caso qui in esame, poiché il riconoscimento era relativo ad un titolo post universitario e richiesto con l'unica finalità di utilizzare il titolo di fronte a terzi e non di chiederne l'equiparazione ad un titolo nazionale.

Ancora diversa è la questione che la Corte ha affrontato nei casi *Thieffry*²³ e *Patrick*²⁴. In tali pronunce infatti si trattava di cittadini di uno Stato membro che chiedevano di accedere all'esercizio di una professione in uno Stato di-

¹⁹ Sul punto vedi. J. PERTEK, *Une dynamique de la reconnaissance des diplômes à des fins professionnelles et à des fins académiques: réalisations et nouvelles réflexions*, in J. PERTEK (a cura di) *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 119 ss. Il sistema ECTS opera nell'ambito del programma Socrates.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663. Per un commento a tale pronuncia vedi E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 1995, p. 91 ss.

²¹ Ai punti 27 e 28 della sentenza la Corte sancisce che «In mancanza di un'armonizzazione delle condizioni nelle quali il titolare di un diploma universitario post laurea può avvalersene negli Stati membri diversi da quello in cui il titolo è stato rilasciato, gli Stati membri restano, in linea di principio, competenti a definire le modalità alle quali subordinano l'uso dello stesso nel loro territorio. Si deve però sottolineare che il diritto comunitario limita l'esercizio di siffatta competenza da parte degli Stati membri esigendo che le norme nazionali in materia non costituiscano un ostacolo all'esercizio effettivo delle libertà fondamentali garantite dagli artt. 48 e 52 del Trattato». Al punto 35 si sancisce altresì «la necessità di tutelare un pubblico non necessariamente competente contro l'impiego abusivo di titoli universitari che non siano stati rilasciati in conformità alle norme emanate a tal fine nello Stato nel cui territorio il titolare del diploma intende avvalersene costituisce un interesse legittimo atto a giustificare una restrizione, ad opera dello Stato membro interessato, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato».

²² La procedura autorizzativa deve essere finalizzata unicamente alla verifica del regolare rilascio del titolo, e deve essere facilmente accessibile e non sottoposta a costi elevati. Si deve inoltre prevedere una possibilità di proporre ricorso contro il rifiuto dell'autorizzazione.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1977 in causa n. 71/76, *Thieffry*, *cit. supra*, nota 5.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 1977 in causa n. 11/77, *Patrick*, in *Raccolta*, 1977, p. 1199. Nel caso di specie si trattava di un cittadino inglese, titolare di un diploma di architetto riconosciuto in Francia, al quale era stato comunque vietato l'esercizio della professione in tale Stato. La Corte ribadisce che, indipendentemente dalla mancata adozione delle direttive specifiche previste dall'art. 57, n. 1 del Trattato, non è possibile chiedere condizioni ulteriori per l'esercizio della professione al soggetto il cui titolo sia stato riconosciuto dalla competenti autorità nazionali.

verso da quello ove avevano portato a termine la formazione accademica e ai quali tale possibilità veniva contestata in quanto non risultavano in possesso del titolo accademico richiesto dallo Stato ospitante. In particolare nel caso *Thieffry* il richiedente era un avvocato belga al quale era stato concesso il riconoscimento accademico del titolo da parte di un'Università francese e che aveva altresì conseguito il certificato di abilitazione all'esercizio dell'avvocatura (CAPA). Ciononostante il Consiglio dell'Ordine respingeva la sua richiesta di iscrizione all'Albo in quanto non era in possesso di un diploma francese²⁵. La Corte si è trovata pertanto a valutare le due nozioni di «riconoscimento universitario» (o accademico), finalizzato al proseguimento degli studi e «riconoscimento con effetti civili», finalizzato allo svolgimento di un'attività professionale. Per quanto gli Stati distinguano fra queste due tipologie, la Corte ritiene necessaria una certa contemperazione, prevedendo in particolare che il riconoscimento accademico possa costituire un presupposto, in certi casi già di per sé sufficiente, del riconoscimento a fini professionali, atteggiamento questo ripreso anche in tempi più recenti da Commissione e Consiglio che hanno sottolineato la necessità di "sfruttare" le sinergie esistenti fra le due modalità di riconoscimento²⁶. A maggior ragione si prevede che, anche prima e a prescindere dall'esistenza del sistema generale di riconoscimento dei diplomi (direttiva n. 89/48), debba essere consentito l'accesso alla professione a un soggetto già abilitato nello Stato di origine, il cui diploma sia stato oggetto di riconoscimento accademico e che abbia altresì conseguito il titolo abilitativo nello Stato di stabilimento, poiché la richiesta del diploma rilasciato dallo Stato di stabilimento rappresenta una restrizione indiretta e dissimulata della libertà di circolazione²⁷.

²⁵ Secondo il sistema normativo francese il riconoscimento dell'equivalenza del titolo effettuato da un'Università consentiva unicamente al richiedente di accedere agli studi superiori, ossia al *doctorat*, il cui conseguimento avrebbe consentito l'iscrizione all'Albo in quanto titolo valido in sostituzione della *licence en droit*. Sul punto vedi le conclusioni dell'Avvocato Generale del 29 marzo 1977 nel caso *Thieffry*, in *Raccolta*, 1977, p. 779 ss., in particolare p. 783 ss. Attualmente la normativa francese (art. 11, 1 della legge 31 dicembre 1971) per l'esercizio della professione di avvocato affianca al requisito del possesso del titolo accademico francese quello del possesso di un diploma ritenuto equivalente in base alla decisione ministeriale del 25 novembre 1998, art. 1 che al punto 8 comprende anche i titoli validi per l'accesso a una professione giuridica regolamentata nello Stato in cui si è ottenuta la formazione.

²⁶ Vedi Comunicazione della Commissione europea del 13 dicembre 1994 sul riconoscimento dei diplomi a fini accademici e a fini professionali e Conclusioni del Consiglio del 6 maggio 1996 sulle sinergie fra riconoscimento accademico e riconoscimento professionale dei titoli nella Comunità (*Guce* n. C 195 del 6 luglio 1996, p. 6). Secondo la Commissione esistono quattro assi per sviluppare le sinergie fra le due modalità di riconoscimento: l'informazione, la creazione di reti accademiche professionali, l'adattamento consensuale delle formazioni e la valutazione della qualità. Parallelamente il Consiglio ritiene che «dovrebbero essere create sinergie, rispettando l'autonomia delle università, affinché i due settori del riconoscimento possano essere veramente coerenti a vantaggio del cittadino europeo che desidera avvalersi della mobilità sia durante gli studi, sia nel corso della sua vita professionale».

²⁷ Vedi conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Thieffry*, *loc. cit.*, p. 789 ss.

Se il riconoscimento accademico può legittimamente costituire un presupposto o quanto meno un elemento a favore della possibilità di procedere al riconoscimento a fini professionali per un professionista già formato, a maggior ragione ciò potrà valere per un soggetto non ancora qualificato che voglia accedere al percorso formativo all'interno di uno Stato diverso da quello in cui ha ricevuto l'insegnamento universitario.

3. Il riconoscimento dei diplomi a fini professionali

Nel campo del riconoscimento delle qualifiche professionali, contrariamente a quanto sopra visto per il riconoscimento accademico, la Comunità europea ha competenza ad armonizzare le normative interne e ad emanare norme che facilitino la libera circolazione dei professionisti.

Ciò ha portato alla predisposizione di un sistema generale di riconoscimento dei diplomi, concretatosi nella direttiva n. 89/49 e nella direttiva n. 92/51²⁸. Il campo di applicazione di tale disciplina è condizionato, *ratione materiae*, dalla definizione di «diploma». La scelta di tale termine non deve, infatti, trarre in inganno: nonostante nell'uso comune richiami il concetto di titolo di studio, la direttiva stessa lo definisce molto chiaramente come rappresentativo del completamento della formazione necessaria a fregiarsi del titolo professionale e comprendente pertanto sia il periodo di formazione universitaria, che quello di pratica professionale e il superamento dell'esame che abilita all'esercizio della professione, rientrando pertanto in tale concetto la qualifica di avvocato e non il titolo di dottore in legge, né la qualifica di praticante legale.

L'art. 1 della direttiva n. 89/48 afferma che deve trattarsi di un certificato «dal quale risulti che il titolare possiede le qualifiche professionali richieste per accedere ad una professione regolamentata in detto Stato membro». In una definizione di questo tipo non potrà pertanto rientrare la figura del praticante legale, in quanto prodromica rispetto a quella dell'avvocato, e non rien-

²⁸ Per un'analisi delle due direttive e della libera circolazione dei professionisti in genere si faccia riferimento a A. PRETO, *Le libere professioni in Europa*, Milano, Egea, 2001 e M. CONDINANZI - B. NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi*, cit. supra, nota 7, p. 366 ss. Con particolare riferimento alla professione di avvocato si veda anche M. P. BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati nella Comunità europea*, Padova, Cedam, 1999; L. LIMBERTI - G. VICICONTE, *La professione forense ed il contesto europeo di riferimento*, in G. VICICONTE, *L'avvocato e l'Europa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 131. Tali direttive hanno subito una modifica, irrilevante ai fini di questo approfondimento, tramite la direttiva n. 2001/19/Ce del 14 maggio 2001 (in *Guce* n. L 206 del 31 luglio 2001, p. 1), che prevede una semplificazione delle modalità di riconoscimento per il caso di professionista che abbia già svolto attività di rilievo nel proprio Stato di origine. Sul punto e con riferimento al caso in esame vedi, A. MARI, *Commento al caso Morgenbesser*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2003, p. 1041 ss.

trante in Italia nel concetto di professione regolamentata²⁹. Il soggetto che si prepara a divenire un avvocato non può fruire dello stesso trattamento privilegiato che la normativa comunitaria riserva al soggetto che abbia già completato la propria formazione (nel caso italiano sarà un soggetto laureato in giurisprudenza, che abbia effettuato due anni di pratica e abbia superato l'esame di Stato). Inoltre, come vedremo più approfonditamente oltre, quella del praticante non è nemmeno qualificabile come un'attività professionale autonoma rispetto a quella di avvocato, rientrando in quanto tale nella definizione di diploma della direttiva n. 89/48, trattandosi di un'attività regolamentata dalla legge nazionale in via temporanea e con l'unica finalità di garantire un adeguato livello di formazione ai futuri professionisti³⁰.

Quanto all'evoluzione del sistema comunitario di riconoscimento di diplomi, questo è stato recentemente oggetto di una revisione tramite la direttiva n. 2005/36³¹ che semplifica ed accorpa le differenti previsioni delle direttive generali e settoriali. Tale modifica non incide però sul concetto di diploma

²⁹ Quanto alla definizione del concetto di professione regolamentata si vedano altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 26 ottobre 1995, nel caso *Aranitis* in causa n. C-164/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 135. In tali conclusioni, (vedi punti 16-25) si sostiene l'impossibilità di fare riferimento ad una nozione lata di «professione regolamentata», pena uno snaturamento della direttiva n. 89/48. Il legislatore comunitario avrebbe inteso fare riferimento ad una nozione «finalizzata» di professione regolamentata, comprendente le sole attività per le quali, a livello statale, si prevede una disciplina relativa all'accesso e all'esercizio. In particolare, secondo l'Avvocato Generale, «Una denominazione è idonea a diventare titolo professionale solo se la pubblica autorità ne definisce le condizioni di attribuzione, o autorizzando a tal fine un organismo specifico (in particolare una commissione giudicatrice o un'autorità professionale) e se ne assicura la tutela mediante sanzioni penali in caso di uso illecito» (punto 30 delle conclusioni). La sentenza, intervenuta il 1° febbraio 1996, conferma la soluzione proposta dall'Avvocato Generale pur senza riproporre integralmente la sopra proposta definizione di «professione regolamentata», per la quale la Corte si limita a fare riferimento all'esistenza di disposizioni normative che ne regolino l'accesso e l'esercizio.

³⁰ L'impossibilità di applicare la direttiva n. 89/48 alla situazione del praticante trova sostegno anche nell'attuazione data a tale atto comunitario in Italia tramite il decreto n. 115/92 (in *Guri* n. 40 del 18 febbraio 1992), che al suo art. 6 contiene un elenco delle professioni giuridiche all'interno del quale non è compresa quella di praticante.

³¹ La proposta della Commissione COM(2002)119, in *Guce* n. C 181 E del 30 luglio 2002, p. 183, poi modificata (2004)317 (01) è sfociata nell'approvazione il 7 settembre 2005 della direttiva n. 2005/36 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005. Gli Stati dovranno conformarsi alle previsioni di questa direttiva entro il 20 ottobre 2007. Uno dei profili di maggiore interesse di questa direttiva è il ruolo che essa attribuisce agli ordini professionali. Questi, infatti, potranno istituire delle piattaforme comuni a livello europeo, ossia stabilire i «criteri delle qualifiche professionali che attestano un livello di competenza adeguato all'esercizio di una certa professione» e comunicarli alla Commissione, la quale, se li ritiene utili per facilitare il riconoscimento reciproco delle qualifiche, li comunica agli Stati membri ed adotta decisioni al riguardo. A questi spetterà anche un ruolo nel garantire il livello qualitativo dei servizi offerti, tramite la verifica del comportamento dei propri iscritti e la previsione di un obbligo di aggiornamento e formazione continua. Come affermato nella stessa direttiva al *considerando* 39 secondo il quale: «Data la rapidità dell'evoluzione tecnica e del progresso scientifico, l'apprendimento lungo tutto l'arco della vita è particolarmente importante per numerose professioni. In questo contesto, spetta agli Stati membri stabilire le modalità con cui, grazie alla formazione continua, i professionisti si adegueranno ai progressi tecnici e scientifici». L'Italia ha previsto l'emanazione di un decreto legislativo di recepimento tramite la legge comunitaria del 2005 (legge n. 29 del 25 gennaio 2006, in *Guri* n. 32 dell'8 febbraio 2006, *suppl. ord.*).

e di professione regolamentata, che non subiranno variazione alcuna³².

Si deve inoltre ricordare come la formazione che dà accesso alla professione di avvocato presenti delle differenze sostanziali nei vari Stati membri. In Francia, ad esempio, il soggetto appena laureato non può assumere la qualifica di praticante in base a tale titolo di studio, essendo il periodo di pratica successivo al superamento di un esame per ottenere il *CAPA* (*Certificat d'aptitude à la profession d'avocat*). Il decreto del 27 novembre 1991 prevede che il soggetto titolare della *maîtrise en droit* (o di diploma considerato equivalente) si iscriva, previo esame, al centro regionale di formazione professionale (*CRFPA*) per poi dopo un anno sostenere l'esame per l'ottenimento del *CAPA*, in base al quale richiedere all'ordine degli avvocati l'iscrizione, per due anni, come avvocato *stagiaire*³³.

Pertanto, nel caso in esame, anche volendo sostenere la possibilità che la direttiva n. 89/48 sia applicabile a tali professionisti in formazione, risulta difficile valutare il possesso da parte del soggetto di altro Stato membro della corrispondente qualifica del proprio paese di origine.

Sempre in relazione alla professione di avvocato è qui il caso di rilevare come l'Italia sia stata oggetto di una condanna da parte della Corte di giustizia per aver mantenuto in essere restrizioni alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi³⁴. Ciò è avvenuto con una sentenza del 21 marzo 2002 ove, oltre a contestare le modalità di attuazione della prova alla quale era subordinato il riconoscimento del titolo ai sensi della direttiva n. 89/48³⁵ si con-

³² Al *considerando* n. 43 la direttiva contiene per la prima volta una definizione delle professioni liberali, come *species* del *genus* «professione regolamentata» sulla base della quale vi rientrano quelle professioni «praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali in modo personale, responsabile e professionalmente indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto nell'interesse dei clienti e del pubblico. L'esercizio della professione negli Stati membri può essere oggetto, a norma del trattato, di specifici limiti legali sulla base della legislazione nazionale e sulle disposizioni di legge stabilite autonomamente, nell'ambito di tale contesto, dai rispettivi organismi professionali rappresentativi, salvaguardando e sviluppando la loro professionalità e la qualità del servizio e la riservatezza dei rapporti con i clienti». Per alcune considerazioni su questi aspetti si rinvia a L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 6 ss.

³³ Per un *excursus* completo dell'*iter* formativo necessario al fine di esercitare la professione di avvocato in Francia, vedi le indicazioni riportate sul sito del Consiglio nazionale (francese) degli Ordini forensi: www.cnb.avocat.fr.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2002 in causa n. C-135/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2235. Per un commento a tale sentenza si veda B. NASCIMBENE - S. BASTIANON, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale*, cit. *supra* nota 7, p. 602.

³⁵ Tale prova risultava, infatti, non sufficientemente predeterminata dalla normativa in vigore, e spesso rendeva eccessivamente difficile l'accesso alla professione, richiedendo allo straniero la dimostrazione del possesso di conoscenze eccessive per la sua posizione di professionista già formato. Col decreto ministeriale n. 191 del 28 maggio 2003 (in *Guri* n. 171 del 25 luglio 2003) la normativa italiana è stata adeguata ai risultati di tale sentenza, tramite la fissazione di regole precise sull'esame al quale sono sottoposti i professionisti di altri Stati membri per ottenere il titolo di avvocato in Italia. In particolare si è previsto che il contenuto della prova scritta verta su non più di tre materie, e quello della prova orale su non più di cinque, con una materia per ogni prova scelta dall'interessato e l'eventualità di prevedere solo una prova orale ove il richiedente sia in possesso

testava la possibilità di richiedere al professionista il possesso del diploma rilasciato da un'Università italiana. Tale divieto di subordinare il conferimento della qualifica al possesso di un titolo accademico nazionale, come abbiamo sopra visto in relazione al caso *Thieffry*, non può però essere applicato analogicamente alla situazione del praticante straniero; anzi da tale sentenza potrebbe addirittura desumersi, al contrario, che al soggetto che voglia iscriversi alla pratica forense in Italia possono richiedersi proprio quelle conoscenze che per il professionista si devono invece considerare già accertate. Il richiedente dovrà pertanto dimostrare di avere una preparazione comparabile a quella dello studente formatosi in Italia, prova che, nel caso di specie, dovrà essere, in base all'attuale normativa interna, valutata dall'Università, quale soggetto più qualificato a pronunciarsi su una valutazione di equivalenza delle conoscenze accademiche³⁶.

A sostegno di tale tesi è possibile fare riferimento anche ad una situazione analoga a quella presentata davanti alla Corte di giustizia, affrontata e risolta dalla Commissione nella risposta ad una interrogazione scritta³⁷. Nel caso si trattava del rifiuto tedesco di ammettere un cittadino italiano, laureato in giurisprudenza in Italia, all'esercizio della pratica di avvocato in Germania³⁸, rifiuto basato sulla necessità di essere in possesso di una laurea conseguita nella Repubblica tedesca. La Commissione ha infatti sottolineato come il titolo accademico di «laureato» non sia sufficiente per esercitare la professione di avvocato nello Stato di origine: la direttiva n. 89/48, che prevede il riconoscimento di titoli in base ai quali il soggetto è abilitato ad esercitare nello Stato di origine, non può pertanto essere applicata nel caso di specie³⁹.

di un titolo professionale «conseguito a seguito di percorso formativo analogo a quello richiesto dall'ordinamento italiano» (vedi art. 2, punto 5).

³⁶ Ove si ipotizzasse un'applicazione della direttiva n. 89/48 l'eventuale prova ai fini del riconoscimento dovrebbe avvenire su richiesta presentata al Ministero di giustizia, che è sicuramente l'istituzione più adatta a valutare la formazione professionale, ma non quella accademica.

³⁷ Interrogazione scritta n. 3863/98 dell'On Luigi Florio alla Commissione, in *Guce* n. C 182 del 28 giugno 1999, p. 130. Sempre sul riconoscimento accademico dei titoli di studio e sull'inapplicabilità al medesimo della direttiva n. 89/48, si vedano altresì le seguenti interrogazioni scritte: E-2713/01, in *Guce* n. C 81 del 4 aprile 2002, p. 202; E-2950/98, in *Guce* n. C 135 del 14 maggio 1999, p. 144; E-1304/98, in *Guce* n. C 354 del 19 novembre 1998, p. 89.

³⁸ Il rifiuto all'iscrizione del praticante da parte del *Land* dell'Assia e di quello della Bassa Sassonia era basato sulla necessità di conseguire la laurea in Germania per essere ammessi alla pratica forense, previsto rispettivamente dall'art. 23 I della legge dell'Assia e dall'art. 5 della legge della Bassa Sassonia relative alla pratica legale.

³⁹ In relazione alla possibilità di applicare la direttiva n. 89/48 a situazioni precedenti al conseguimento del diploma che abilita all'esercizio della professione, si veda la causa n. C-153/02, *Valentina Neri c. European School of Economics*. La causa è relativa al diniego dello Stato italiano di procedere al riconoscimento di un titolo di studio rilasciato da un'Università straniera (nel caso la Nottingham Trent University) tramite una società stabilita in Italia, che provvede a gestire i corsi e gli esami nel territorio italiano. La prassi amministrativa italiana prevedeva, infatti, ai fini del riconoscimento del diploma di laurea conseguito all'estero, la necessità di attestare il soggiorno nello Stato che rilascia il diploma per tutto il periodo degli studi, sanzionata col diniego di riconoscimento. Nel rinvio veniva chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla possibilità di ritenere che la direttiva n. 89/48 conferisca diritti invocabili anche prima del conseguimento del diploma. L'Avvocato Gene-

A maggior ragione non potrà essere applicata alla situazione in esame la direttiva n. 98/5 relativa all'esercizio della professione di avvocato in maniera stabile⁴⁰. Tale atto, infatti, prevede una modalità di "riconoscimento" del titolo alternativa rispetto alla direttiva n. 89/48, limitata a soggetti già in possesso della qualifica di avvocato rilasciata da uno Stato membro, in quanto basata sull'esercizio continuato (per un periodo di tre anni) della professione nello Stato ospitante, in base al titolo professionale ottenuto nello Stato di origine.

4. La qualifica dell'attività del praticante legale nell'ordinamento italiano

Come sopra precisato, la formazione necessaria per l'acquisizione del titolo di avvocato differisce molto nei vari Stati membri dell'Unione europea⁴¹, anche in quelli che presentano più affinità dal punto di vista del diritto sostanziale come la Francia e l'Italia.

Nel nostro ordinamento si prevede la necessità, prima di poter sostenere l'esame di abilitazione, di svolgere almeno due anni di pratica, sotto la guida di un professionista già abilitato, che certifica l'effettiva frequenza del proprio studio da parte del praticante, rendendo così possibile l'iscrizione al regi-

rale Jacobs, nelle sue conclusioni del 10 aprile 2003, ha ritenuto non applicabile tale direttiva, spostando l'attenzione sulla generale restrizione alla libertà di prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento derivante da tale prassi italiana, restrizione ritenuta non giustificabile per ragioni di tutela degli interessi pubblici in quanto «non lascia alcun margine di verifica del contenuto o della qualità dell'insegnamento che conduce al rilascio di tali diplomi» (punto 50 delle conclusioni). La Corte ha deciso di seguire il medesimo ragionamento con la sentenza del 13 novembre 2003 in *Raccolta*, 2003, I, p. 13555 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 775. Sulla necessità di contemperare le esigenze di tutela degli interessi pubblici sulla qualità dell'insegnamento da parte degli Stati membri con la libertà di stabilimento, in relazione alle attività private di insegnamento, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1988 in causa n. C-147/86, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 1988, I, p. 1637.

⁴⁰ Direttiva n. 98/5 del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, in *Guce* n. L 77 del 14 marzo 1998, p. 36. Tale direttiva prevede, a fianco della figura dell'avvocato stabilito (col proprio titolo di origine), quella dell'avvocato «integrato» o «assimilato», ossia del soggetto stabilito da almeno tre anni, che abbia esercitato per tale periodo di tempo sul diritto dello Stato ospitante (ivi compreso il diritto comunitario) e che richieda di ottenere il titolo dello Stato ospitante. Ovviamente la procedura è utilizzabile solo da parte di soggetti già in possesso del titolo «definitivo» abilitante all'esercizio della professione. La direttiva è stata recepita in Italia con la legge comunitaria del 1999 (legge n. 526 del 21 dicembre 1999, in *Guri* n. 14 del 18 gennaio 2000, *suppl. ord.*), all'art. 19 e con il conseguente dlvo n. 96 del 2 febbraio 2001, in *Guri* n. 79 del 4 aprile 2001, *suppl. ord.* Per un commento a tale direttiva e alla sua attuazione in Italia, vedi E. ADOBATI, *Esercizio della professione forense in Italia da parte degli avvocati di altri Stati membri*, in questa *Rivista*, 2000, p. 647 ss., F. FERRARO, *L'avvocato comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 87 ss.

⁴¹ Sulla situazione in Belgio, con riferimento anche alla competenza della normativa interna belga in caso di richiesta di riconoscimento del titolo universitario, subordinata ad una prova dopo il superamento della quale si ottiene il titolo di *avocat stagiaire*, si veda R. BIERWAGEN, *Zur Lage der ausländischen Anwälte in Brüssel nach der Umsetzung der Niederlassungsrichtlinie in Belgien*, in *BRAK-Mitteilungen* 4/2002, in particolare p. 161.

stro speciale tenuto dal Consiglio dell'Ordine. Tale modalità può essere sostituita, per un periodo non superiore ad un anno, con la frequenza di Scuole di specializzazione presso le università⁴². Dopo un anno di iscrizione al registro il praticante può anche esercitare una limitata attività di patrocinio.

La normativa italiana del '33 prevede al suo art. 17, 2° comma, fra i requisiti per l'iscrizione nel registro speciale dei praticanti, il possesso di un diploma di laurea rilasciato o confermato da un'Università italiana, requisito che invece è stato abolito per l'accesso alla professione di avvocato⁴³. Sulla base di tale normativa si rende pertanto necessario, per un soggetto formatosi in altro Stato membro, ricorrere al riconoscimento accademico del proprio titolo di studio da parte di un'Università italiana.

Per stabilire se un requisito di tale tipo sia da considerarsi discriminatorio ai sensi del diritto comunitario è preventivamente necessario stabilire se l'attività svolta dal praticante sia equiparabile a quella di avvocato.

Al riguardo, quanto alla qualifica attribuita nel nostro ordinamento a tale soggetto, si può fare riferimento all'ordinanza della Corte cost. del 7 maggio 2002⁴⁴, in base alla quale il praticante avvocato è «titolare di uno *status* abilitativo provvisorio, limitato e temporaneo, giustificato da apprezzabili esigenze di tirocinio», non potendo di conseguenza essere equiparato all'avvocato già qualificato. Tale ordinanza è stata emanata in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 del rdl n. 1578/33, relativo al divieto per i praticanti di esercitare fuori dal proprio distretto di appartenenza, divieto non più esistente per i professionisti già abilitati⁴⁵. La Corte costituzionale, nel

⁴² Vedi art. 6 del dpr n. 328 del 5 giugno 2001 «Modifiche ed integrazioni della disciplina dei requisiti per l'ammissione all'esame di Stato e delle relative prove per l'esercizio di talune professioni, nonché della disciplina dei relativi ordinamenti».

⁴³ Sul punto si veda l'argomentazione del Governo italiano relativa all'implicita abrogazione, per gli avvocati, dei contestati requisiti per l'iscrizione all'Albo, accettata dalla Corte di giustizia, nella causa n. C-145/99, conclusa con sentenza del 7 marzo 2002, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2235 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 511. In tale causa veniva contestata all'Italia una inidonea attuazione della direttiva n. 89/48, dovuta anche al mantenimento in essere della risalente normativa del 1933 sull'accesso alla professione di avvocato, la quale prevede, al suo art. 17, 1° comma, alcuni requisiti per l'iscrizione all'Albo, e più precisamente: essere in possesso della cittadinanza italiana, aver compiuto un periodo di pratica per due anni, aver superato l'esame di abilitazione, e lo stesso requisito contestato nella causa *Morgenbesser* in relazione alla professione di avvocato, ossia l'essere in possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata da un'Università italiana. Tali requisiti sono stati però abrogati, in base al principio di successione delle leggi nel tempo, dalla legge n. 146/94 che equipara i cittadini comunitari ai cittadini italiani ai fini dell'iscrizione all'Albo e dal dlgo n. 115/92 che prevede il riconoscimento del titolo di avvocato ottenuto in altro Stato membro.

⁴⁴ Ordinanza della Corte costituzionale n. 163 del 7 maggio 2002. In tale ordinanza la Corte sancisce la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma del rdl n. 1578/33, sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., dal Tribunale di Trento (sezione distaccata di Borgo Valsugana). Sul punto si vedano anche le sentenze della stessa Corte cost., n. 5 del 1999 e n. 127 del 1985 e l'ordinanza n. 75 del 1999.

⁴⁵ Per i professionisti già abilitati, tale vincolo territoriale era stato eliminato in seguito dell'entrata in vigore della legge n. 27 del 24 febbraio 1997, in *Guri* n. 48 del 27 febbraio 1997, «Soppressione

giudizio in esame, ha anche sottolineato come la possibilità da parte dei praticanti di esercitare il patrocinio provvisorio sia limitata, sia quanto al campo di attività, sia temporalmente (a partire da un anno dopo l'iscrizione nel registro e per non più di sei anni⁴⁶), sia quanto alla sottoposizione a particolari adempimenti, giustificati proprio dalla particolare situazione del praticante stesso. Lo *status* del praticante risulta pertanto, in base al nostro ordinamento, non assimilabile a quello del soggetto abilitato all'esercizio professionale in maniera definitiva⁴⁷, come risulta anche dalla differente iscrizione alla quale il legislatore ha sottoposto le due categorie: solo l'avvocato è un professionista iscritto all'Albo, mentre il praticante abilitato al patrocinio deve essere iscritto semplicemente in un registro speciale.

Il praticante abilitato al patrocinio si trova in una situazione particolare rispetto al semplice praticante, poiché può esercitare alcune attività proprie della professione di avvocato in maniera autonoma e viene retribuito dai clienti per le proprie prestazioni, ma tale situazione non comporta comunque un'equiparazione ad un vero e proprio professionista, trattandosi di un'attività limitata nel tempo e finalizzata a consentire al praticante di ottenere una remunerazione per il periodo di attesa fra la fine della formazione vera e propria e il superamento dell'esame per il conseguimento del titolo definitivo⁴⁸.

dell'albo dei procuratori legali e norme in materia di esercizio della professione forense», con la quale i procuratori (per i quali esisteva tale limitazione territoriale) venivano parificati agli avvocati.

⁴⁶ Sull'efficacia dichiarativa o costitutiva dell'iscrizione al registro speciale dei praticanti si veda P. FABRIS, Nota a Cass., sezione III, 25 gennaio 1978, n. 337, in *Riv. it. dir. lav.*, 1978, n. 4, p. 654. Sulla qualifica dell'attività di praticante come attività di formazione si veda anche Cass., sez. un., del 28 gennaio 2005, n. 1727, in *Rass. Forense*, 2005, p. 488 ss. nella quale si conferma la responsabilità disciplinare di un praticante che aveva assunto la direzione di uno studio legale con gestione esclusiva del rapporto coi clienti e posizione di supremazia nei confronti degli altri avvocati facenti parte dello stesso studio.

⁴⁷ L'altro punto sollevato nella causa in questione era relativo all'impossibilità, ancora più evidente, di comparare il praticante avvocato con l'avvocato proveniente da altro Stato della Comunità europea. Il praticante non potrà pertanto invocare l'inapplicabilità degli sbarramenti territoriali previsti dall'ordinamento interno, fondandosi su di una loro contrarietà col diritto di stabilimento.

⁴⁸ In tal senso si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate in data 20 marzo 2003, nelle quali, al punto 68, si osserva come «Distinguere concettualmente tali attività (del praticante avvocato, *n.d.a.*) dalla formazione e qualificarle come vera e propria professione, significherebbe tuttavia trascurare che l'attività di un praticante avvocato – almeno di un "patrocinatore" – costituisce solo una tappa intermedia verso la professione di avvocato».

Su tale fase di patrocinio provvisorio si vedano anche le considerazioni svolte dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura nel documento «*Il nuovo sistema di formazione e accesso alla professione forense*», del 12 aprile 2003, nel quale si sottolineano le distorsioni derivanti dall'attuale sistema (patrocinanti che aprono uno studio professionale creandosi una base di clienti, ma che non riescono a conseguire l'abilitazione) e si suggerisce di limitare la competenza alle materie trattate dal giudice di pace o di consentire la sostituzione delegata senza limiti di materia, sotto la responsabilità del titolare dello studio, in maniera da rendere la pratica esclusivamente formativa, senza possibilità di patrocinio autonomo. Anche il documento contenente una proposta di legge di riforma dell'ordinamento della professione di avvocato, approvato dal Consiglio nazionale forense l'11 settembre 2003, prevedeva all'art. 27 una riforma della figura del praticante patrocinante in senso ancora più restrittivo. In particolare si prevedeva che il praticante (che secondo l'art. 26 del medesimo progetto ha diritto anche a un equo compenso per l'attività svolta) potesse essere abilitato al patrocinio dopo sei mesi, ma che potesse esercitarlo solo su espressa delega e sotto la responsabilità dell'avvocato presso cui svolge la pratica, per le sole materie di competenza del giudice di pace,

Anche tale elemento di remunerazione dell'attività svolta, testimoniato altresì dalla possibilità per il soggetto di essere titolare di partita IVA e di emettere fattura, non vale ad equipararlo al professionista, poiché nella medesima situazione potrebbe trovarsi qualunque persona laureata in giurisprudenza, seppur non praticante avvocato, che decidesse di svolgere attività di consulenza legale. Tale soggetto, in qualità di esercente un'attività economica, potrebbe sicuramente usufruire della libertà di circolazione e stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello nel quale ha ottenuto la laurea, ma ciò senza necessità di richiedere l'iscrizione all'Albo, non necessaria per le attività di consulenza, a condizione che vengano effettuate senza l'utilizzo del titolo professionale⁴⁹.

Il soggetto in possesso della laurea in giurisprudenza rilasciata da un'Università di un altro Stato membro è pertanto libero di stabilirsi in Italia al fine di svolgere attività di consulenza, ma, per potersi iscrivere all'Albo dei

e per un periodo non superiore a quattro anni. In senso ancor più incisivo sulla situazione attuale si poneva invece la proposta di legge n. 4048, presentata il 9 giugno 2003 dal deputato Lettieri, nella quale si proponeva addirittura l'eliminazione dell'esame di Stato, sostituito dalla semplice domanda di iscrizione all'Albo presentata dallo stesso praticante dopo due anni di tirocinio e si prevedeva altresì che ai praticanti, che possono esercitare il patrocinio autonomo dopo un anno di tirocinio, dovesse essere garantito un compenso minimo da parte dell'avvocato titolare di 520 euro mensili (remunerazione che avrebbe reso pertanto effettiva la qualifica di attività economica, essendo riconducibile alla previsione delle attività di collaborazione a progetto ex art. 4, l. n. 30 del 14 febbraio 2003). La necessità di un equo compenso per il tirocinante veniva prevista anche dall'art. 8 del disegno di legge n. 2204 sulla riforma delle professioni (presentato il 15 aprile 2003) e dall'art. 17 della proposta di legge n. 4308 sulla riforma delle professioni intellettuali (presentata il 25 settembre 2003) e dal c.d. progetto Vietti *bis* (novembre 2004) che prevedeva l'attribuzione di un «equo compenso a favore di chi svolge il tirocinio, tenendo conto dell'effettivo apporto del tirocinante, con riferimento al regime tariffario delle prestazioni rese». In senso ancora diverso si veda la proposta di riforma dell'ordinamento della professione di avvocato n. 1537, presentata alla Camera dei deputati il 7 settembre 2001 che prevedeva unicamente che il tirocinio fosse affiancato dalla frequenza di un corso annuale, e che il praticante potesse solo esercitare la professione dietro delega e sotto la responsabilità del titolare dello studio, attività che veniva preclusa in caso di esito negativo dell'esame di abilitazione, senza alcun riferimento all'eventualità di una retribuzione. Dall'esame di queste diverse proposte susseguitesi (peraltro senza alcun risultato) negli ultimi anni, sia ufficiali che provenienti da organizzazioni di categoria, si può ricavare come sia al momento esistente un acceso dibattito sulla qualifica del praticante e ancora di più sulla possibilità per questi di esercitare un'attività autonoma di patrocinio. I punti su cui sembra possibile ricondurre le diverse proposte ad una linea comune sono la necessità di procedere ad una remunerazione dell'attività svolta, correlata ad una restrizione, se non eliminazione, della possibilità di esercitare il patrocinio senza una supervisione del titolare dello studio presso cui si svolge la pratica. Si tenga presente che questo dibattito si colloca in quello più ampio relativo alla possibilità di procedere ad una riforma dell'ordinamento delle professioni, che sempre più trae la sua origine dalla necessità di conformarsi al diritto comunitario della concorrenza e in particolare alle sollecitazioni della Commissione europea alla liberalizzazione del mercato dei servizi professionali. Su questi aspetti per approfondimenti che esulerebbero dall'oggetto della presente trattazione ci si permette di rinviare a E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, e alla giurisprudenza e bibliografia ivi citata.

⁴⁹ L'art. 7 del rdl n. 1578 del 27 novembre 1933, prevede che solo le attività di rappresentanza e assistenza in giudizio rientrino fra le attività riservate, mentre nulla si prevede per la semplice consulenza. Nello stesso senso si pone l'art. 2 della proposta di riforma dell'ordinamento della professione di avvocato n. 1537, presentata alla Camera dei deputati il 7 settembre 2001. Nel senso di prevedere espressamente che la consulenza legale professionale rientri fra le funzioni esclusive dell'avvocato si colloca l'art. 2 del progetto di riforma predisposto dal CNF in data 11 settembre 2003.

praticanti, il nostro ordinamento prevede il preventivo riconoscimento del suo titolo accademico in base alla normativa interna.

Si tenga presente comunque che il rilievo da attribuire alla qualifica nazionale di una determinata attività è limitato quanto ai suoi effetti sulla correlativa qualifica comunitaria, non sussistendo necessariamente una corrispondenza, come è stato più volte, e in diversi settori, affermato dalla giurisprudenza della Corte⁵⁰. Non è pertanto possibile desumere esclusivamente da elementi interni, fra i quali ad esempio la mancata indicazione di tale attività fra quelle per le quali il riconoscimento è subordinato ad una prova ai sensi del decreto italiano di attuazione della direttiva n. 89/48, l'impossibilità di qualificare il praticante come professionista⁵¹.

5. La giurisprudenza comunitaria sulla situazione dei tirocinanti e il caso *Vlassopoulou*

Appurata la qualificazione del praticante legale nel nostro ordinamento, rimane da chiedersi se sia possibile ottenere l'iscrizione al registro dei praticanti avvalendosi di disposizioni diverse da quelle sopra esaminate. Innanzitutto si deve valutare se la normativa italiana ponga in essere una discriminazione in base alla nazionalità. La risposta può solo essere negativa in quanto al medesimo meccanismo di riconoscimento accademico vengono sottoposti tutti i laureati al di fuori del territorio italiano, indipendentemente dalla loro nazionalità, così come a tutti i laureati in Italia (anche se cittadini di altro Stato membro) non si richiede alcuna procedura di riconoscimento.

A questo punto diventa necessario chiedersi se sia possibile trasporre nei confronti della figura del praticante legale la giurisprudenza comunitaria sui

⁵⁰ Le nozioni "comunitarie" non coincidono necessariamente con le corrispondenti nozioni nazionali, che possono rimanere impregiudicate quanto alla loro valenza sul piano interno. Si pensi alla nozione comunitaria di impresa, ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza, che viene estesa a comprendere soggetti, come i professionisti, per i quali la qualifica di imprenditore sul piano interno è, nell'ordinamento italiano, espressamente esclusa. Sul punto v., ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione c. Italia (spedizionieri doganali)*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851.

⁵¹ In senso contrario vedi A. MARI, *Commento al caso Morgenbesser*, cit. supra nota 28. Tale autore, con un ragionamento non condivisibile, ricava, dalla mancata indicazione della qualifica di praticante fra quelle per il riconoscimento delle quali (ai sensi del dlgo n. 115 del 1992 che attua la direttiva n. 89/48) si richiede il superamento di una prova, una conferma dell'impossibilità di qualificare tale figura come professionista, giungendo alla conclusione che ad essa, in quanto non qualificabile come professione, non si possa neanche applicare il principio di libera prestazione dei servizi. Tale conclusione evidentemente non tiene in considerazione come la libera prestazione dei servizi non sia collegata unicamente all'eventualità di esercizio di attività professionale, bensì a qualunque attività economica, essendo l'indicazione contenuta nell'art. 50 (che comunque comprende anche settori diversi da quello professionale) meramente esemplificativa. Sul punto vedi M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea, parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2005 p. 171 ss. e R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, ivi, p. 221 ss.

tirocinanti nel lavoro subordinato, che si basa su una nozione ampia di lavoratore e prevede che la persona che effettua un tirocinio retribuito debba essere fatta rientrare in tale nozione e usufruire perciò della libera circolazione in quanto tale.

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla figura del tirocinante lavoratore subordinato in diverse cause, a partire dal caso *Lawrie-Blum*⁵², fino a giungere alla recente estensione che si è avuta nel caso *Kurz*⁵³. In tali pronunce la Corte ha sancito la necessità di interpretare estensivamente la nozione di lavoratore⁵⁴, ricomprendendovi anche coloro che svolgono attività retribuite nell'ambito di formazioni professionali, purché in conformità alla caratteristica essenziale del rapporto di lavoro, ossia: svolgimento di un'attività retribuita per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra persona e sotto la direzione di quest'ultima, indipendentemente dalla scarsa produttività del tirocinante, dalla natura giuridica del contratto concluso col datore e dal numero ridotto di ore di lavoro.

Questa giurisprudenza si limita ad analizzare la situazione dei tirocinanti lavoratori subordinati, ma in base ad un orientamento costante della Corte di giustizia⁵⁵, che prevede un parallelismo interpretativo fra libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi, ci si può chiedere se tali pronunce possano analogicamente applicarsi anche ad attività di tipo autonomo.

La risposta si basa necessariamente su una previa valutazione delle analogie e differenze fra la figura del praticante legale e quella del tirocinante lavoratore subordinato. Da un lato si riscontra che si tratta in entrambi i casi di soggetti che devono ottenere una formazione finalizzata al futuro esercizio di

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1986 in causa n. 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Raccolta*, 1986, p. 2121. Sul punto si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 21 giugno 1988 in causa n. 197/86, *Brown*, in *Raccolta*, 1988, p. 3205; del 21 novembre 2001 in causa n. C-27/91, *Le Manoir*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5531, e in particolare del 26 febbraio 1992 in causa n. C-3/90, *Bernini*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1071 relativa alla figura del tirocinio compreso all'interno di una formazione professionale.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2002 in causa n. C-188/00, *Kurz*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10691, nella quale si è estesa la giurisprudenza *Lawrie-Blum* anche al caso di tirocinante cittadino turco, in applicazione dell'Accordo di associazione con la Turchia e della decisione del Consiglio di associazione n. 1/80.

⁵⁴ Sulla nozione di lavoratore nel diritto comunitario vedi A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea – parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 70 ss.; R. FOGLIA, *La libertà di circolazione dei lavoratori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 982 ss., e M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 71 ss.

⁵⁵ Sul parallelismo interpretativo che sussiste fra libera circolazione dei lavoratori e libera circolazione degli esercenti attività autonome (libertà di stabilimento), si veda ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman* (in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.) nella quale la Corte, al punto 97, richiama le proprie considerazioni in materia di ostacoli al diritto di stabilimento per applicarle ad un caso di libera circolazione dei lavoratori subordinati.

una specifica attività e che la ottengono mediante un periodo di attività svolto sotto il controllo di un soggetto competente, necessario al fine di poter successivamente esercitare l'attività individualmente (come lavoratore autonomo o subordinato): le analogie però terminano qui.

La situazione del praticante legale, infatti, si differenzia notevolmente da quella esaminata dalla Corte nelle citate sentenze, ove l'equiparazione fra tirocinante e lavoratore trova la sua giustificazione proprio nel «pagamento della retribuzione in contropartita dei servizi prestati»⁵⁶. Il praticante professionista, infatti, è un soggetto che non percepisce necessariamente una retribuzione, potendo perciò venire a mancare quella possibilità di valutare economicamente l'attività svolta, che costituisce il presupposto della giurisprudenza comunitaria sui tirocinanti. La situazione dei soggetti che effettuano un tirocinio di preparazione ad un lavoro subordinato, invece, è una situazione equiparabile a quella del vero e proprio lavoratore proprio grazie al suo carattere di attività economica.

Tale differenziazione risulta ancora più netta se si opera un'ulteriore precisazione. Il caso sottoposto alla Corte è relativo ad un soggetto che chiedeva l'iscrizione nel registro dei praticanti e non ad un soggetto che chiedeva di esercitare come praticante l'attività di patrocinio. Se si fosse trattato di questa ultima ipotesi la soluzione avrebbe potuto essere diversa, in quanto si sarebbe potuto ritenere esistente il requisito della valutazione economica, seppur con quella particolare caratteristica della temporaneità di tale *status*, poiché tale attività consente di ottenere una remunerazione da parte dei clienti che ne usufruiscono. Per quello che invece potremmo definire "praticante puro e semplice", che trascorre un periodo di formazione presso lo studio di un professionista già abilitato, la legge non prevede altro che la possibilità di usufruire dell'esperienza e dell'insegnamento diretto da parte di questi.

In tale caso, come sopra esposto, non esiste, ai sensi della vigente normativa, un obbligo dell'avvocato che ha accettato di introdurre il soggetto alla professione di procedere alla retribuzione del medesimo, trovando l'attività svolta dal praticante un compenso nella formazione stessa che gli viene impartita dal professionista. Non sembra pertanto possibile procedere ad un'applicazione analogica di quanto affermato dalla Corte per i lavoratori subordinati. Nei casi che hanno dato origine alle pronunce di cui sopra, infatti, i soggetti tirocinanti venivano considerati alla stregua di lavoratori unicamente in quanto svolgevano un'attività equiparabile a quella svolta da questi e riceve-

⁵⁶ Vedi punto 18 della sentenza *Lawrie-Blum*, cit. *supra*, nota 52. Nel caso si trattava di tirocinio per l'attività di insegnamento che il soggetto effettuava impartendo lezioni agli alunni di una scuola, sottoposto alla direzione e sorveglianza della scuola stessa che gli imponeva le prestazioni da offrire e gli orari di lavoro e gli corrispondeva una retribuzione (seppur inferiore al minimo dello stipendio di un insegnante di ruolo all'inizio della carriera).

vano un compenso per tale attività, seppure in misura inferiore a quella attribuita ai soggetti già qualificati⁵⁷.

Il principio affermato nel caso *Vlassopoulou*⁵⁸, in base al quale si deve tenere in considerazione l'attività svolta e la formazione acquisita dal soggetto, e non il solo titolo accademico, si riferisce al riconoscimento di un titolo professionale in assenza della possibilità di applicare il sistema generale di riconoscimento (direttiva n. 89/48), perché non ancora in vigore. La Corte, nel caso *Hocsman*⁵⁹ ha sancito l'applicabilità di tale principio, anche in seguito all'adozione delle direttive relative al riconoscimento dei titoli professionali, per tutte le questioni non rientranti in tali direttive. Ciò resta valido pur sempre per le sole attività di tipo professionale. Si può pertanto valutare se sia possibile fare discendere da tale principio un obbligo a carico dell'Ordine professionale di procedere all'iscrizione di un praticante, non in possesso del titolo richiesto, unicamente sulla base degli ulteriori titoli accademici e dell'attività dallo stesso precedentemente svolta.

Nel valutare l'eventuale applicazione del principio affermato nel caso *Vlassopoulou* al praticante legale, non si può però prescindere dal prendere in esame un'ulteriore differenza fra la situazione dell'"aspirante praticante" e quella dell'avvocato. La Corte ha infatti sancito, quale base per il riconoscimento, oltre alla necessità di procedere ad una valutazione comparativa dei "diplomi", la possibilità di far valere l'esperienza professionale acquisita nel proprio Stato di origine o in quello ospitante. Tale esperienza in caso di soggetto appena laureato potrebbe non essere stata ancora acquisita o potrebbe comunque non essere sufficiente a supplire alle differenze di formazione esistenti. I principi del caso *Vlassopoulou* non potrebbero pertanto essere di aiuto per risolvere ipotesi di questo tipo, relative a soggetti che hanno appena acquisito il titolo accademico.

⁵⁷ Su questo aspetto si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2005 in causa n. C-109/04, *Kranemann*, in *Raccolta*, 2005, I p. 2421 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 288, relativa alla libera circolazione del *Rechtsreferendar*, figura di tirocinante legale prevista dall'ordinamento tedesco. Nel caso *Kranemann*, diversamente dal caso *Morgenbesser*, il soggetto tirocinante ha lo status di pubblico dipendente di nomina provvisoria e percepisce un assegno di sostenimento dallo Stato, oltre a ricevere in molti casi anche un salario di tirocinio da parte dello studio legale con cui collabora: egli pertanto può giustamente essere qualificato come lavoratore subordinato e rientrare perciò nell'ambito di applicazione dell'art. 39 TCE.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357. Sempre sullo stesso punto vedi anche sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 in causa n. C-234/97, *Fernandez de Bobadilla*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4773 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 107. Sulle modalità di raffronto tra le competenze attestate dal diploma dello Stato di origine e quelle richieste dallo Stato di stabilimento in base alla giurisprudenza *Vlassopoulou* si veda C. MORVIDUCCI, *Professioni*, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 1014 ss.

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2000 in causa C-238/98, *Hocsman*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6623.

6. La sentenza *Morgenbesser* del 13 novembre 2003

La Corte di giustizia nella sentenza del 13 novembre 2003 ha innanzitutto deciso che la questione non rientrava nella fattispecie del riconoscimento accademico, in quanto la richiesta della Signora Morgenbesser non era finalizzata al semplice riconoscimento del titolo, bensì al suo utilizzo per una finalità specifica, quella di ottenere l'iscrizione al registro dei praticanti. Non viene contestata, perciò, la procedura di riconoscimento posta in essere dall'autorità interna competente (Università) alla quale era stato richiesto il riconoscimento accademico del titolo di studio. Tale procedura dell'Università, che subordinava la conferma del titolo straniero al superamento di ben tredici esami, potrebbe risultare sproporzionata⁶⁰, benché giuridicamente fondata e giustificata dalle evidenti differenze di formazione e di preparazione esistenti nei vari Stati membri in relazione alle materie giuridiche: questo profilo non è però venuto in rilievo nella sentenza. La Corte ha, infatti, ritenuto che la domanda fosse stata posta in essere «indipendentemente dal riconoscimento e dalla convalida»⁶¹ del titolo.

Secondo il ragionamento seguito dalla Corte non è nemmeno possibile, per le ragioni già esposte, l'applicazione della direttiva n. 89/48 o della direttiva specifica n. 98/5. All'attività di praticante devono però applicarsi le disposizioni dell'art. 39 del Trattato Ce, ove la retribuzione assuma la forma di un salario o dell'art. 43 dello stesso Trattato ove l'attività svolta riceva una remunerazione da parte dello studio in cui il praticante svolge l'attività o da parte del cliente se esercitata nella qualità di patrocinante di cui sopra. La Corte giunge pertanto a ritenere sufficiente la mera eventualità della retribuzione al fine di classificare l'attività del praticante come attività economica⁶², facendo espresso riferimento alla circostanza che si tratta di attività «normalmente retribuite», senza tener conto delle contestazioni sopra esposte, relative alla situazione italiana, sulla effettività di tale qualificazione come attività economica.

Ovviamente a tale qualificazione corrisponde la possibilità di applicare anche i principi della giurisprudenza *Vlassopoulou*, ossia la necessità di tenere in considerazione l'insieme della formazione accademica e professionale che il soggetto può far valere.

⁶⁰ In tal senso si veda la pronuncia del TAR Liguria che ha annullato la delibera dell'Università di Genova relativa agli esami da superare per il riconoscimento accademico del titolo.

⁶¹ Vedi punti 28-29 e 34 della sentenza *Morgenbesser*, *cit.*

⁶² V. punti 60-61 della sentenza *Morgenbesser*, ove si afferma che «l'analisi non differisce a seconda che venga fatta valere la libera circolazione del lavoratore o la libertà di stabilimento per opporsi al rifiuto, da parte del Consiglio dell'Ordine di Genova (...) di prendere in considerazione, ai fini dell'iscrizione, la laurea in giurisprudenza ottenuta in un altro Stato membro e l'esperienza professionale acquisita».

La Corte ritiene pertanto che il diritto comunitario si opponga ad un rifiuto all'iscrizione giustificato dal solo motivo del mancato possesso di una laurea conferita, confermata o riconosciuta come equivalente da un'Università italiana. Non viene chiarito, invece, in maniera precisa quale soggetto debba procedere ad effettuare l'esame comparativo fra le conoscenze maturate e quelle richieste. Infatti la Corte non accoglie il suggerimento dell'Avvocato Generale che, nelle sue conclusioni, aveva indicato esplicitamente come tale controllo, in mancanza di una legislazione nazionale sul punto, dovesse essere demandato agli ordini professionali in quanto soggetti competenti ad effettuare tale esame e procedere di conseguenza all'iscrizione nel registro dei praticanti⁶³, preferendo limitarsi a porre questo obbligo genericamente a carico della competente autorità di uno Stato membro. Ciò avrebbe potuto portare a dubbi e mancanza di uniformità relativamente all'applicazione della presente sentenza ove gli ordini professionali non avessero prontamente ritenuto di dover procedere loro stessi al controllo in mancanza di espressa indicazione al riguardo⁶⁴.

A prescindere da tali considerazioni sulle modalità pratiche di attuazione si deve poi evitare di attribuire all'affermazione contenuta in tale pronuncia una portata superiore a quella che si ricava da un esame letterale del ragionamento della Corte. Il principio ivi enunciato, relativo all'illegittimità di un rifiuto di iscrizione giustificato unicamente dal mancato possesso del titolo dello Stato ospitante, riveste sicuramente un carattere rilevante, ma per valutarne le conseguenze è necessario prendere le distanze dall'affermazione di principio e valutare i risultati a cui potrà portare nei casi concreti. La Corte infatti non ha sancito un obbligo di riconoscimento automatico del titolo e non si può perciò affermare la sussistenza di un obbligo, a carico dei Consigli dell'Ordine, di consentire l'iscrizione al registro dei praticanti, in automatico, a soggetti che non siano in possesso del titolo richiesto. L'iscrizione potrà avvenire solo ove le inevitabili divergenze di formazione siano colmate attraverso la prova dell'esistenza di specifici titoli di studio o dell'avvenuta formazione pratica, con maggior rilievo di quella compiuta nello Stato ospitante rispetto a quella eventualmente effettuata nello Stato di origine. Infatti per le

⁶³ Per una critica su tale mancata presa di posizione vedi E. SACCHETTINI, *L'obbligo di comparazione dei titoli accademici lascia ancora spazio a dubbi e interpretazioni*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 46, p. 97.

⁶⁴ Il Consiglio Nazionale Forense ha infatti deciso di seguire le indicazioni dell'Avvocato Generale e di prevedere l'iscrizione nel registro dei soggetti in possesso di titolo straniero che abbiano provveduto a colmare le conoscenze mancanti tramite ulteriori titoli o esperienze formative. Tale orientamento si ricava dalla *Relazione annuale sull'attività del Consiglio nazionale forense e sullo stato della giustizia*, del 25 febbraio 2004, sul sito www.consigionazionaleforense.it, nella quale si legge che in base alla pronuncia della Corte «le autorità competenti (i Consigli dell'ordine e non le università) non possono rifiutare l'iscrizione sulla semplice constatazione che il titolo universitario è stato rilasciato da una università straniera, ma devono effettuare un giudizio di equivalenza sul titolo e le esperienze comunque acquisite», p. 34.

professioni collegate alla conoscenza del diritto interno è necessaria una cautela maggiore di quella richiesta per altre professioni, come il legislatore comunitario ha sempre dimostrato di riconoscere, a partire dalla previsione contenuta nella direttiva n. 89/48 sulle modalità di riconoscimento⁶⁵. Anche in questo caso, pertanto, l'esame comparativo dei diplomi dovrà tenere conto delle differenze esistenti fra gli ordinamenti giuridici nazionali e sarà possibile richiedere all'interessato la prova di aver maturato le conoscenze mancanti.

A questa possibilità rimarrà comunque affiancata quella di chiedere il riconoscimento accademico del titolo, a seguito del quale l'iscrizione nel registro dei praticanti potrà avvenire senza necessità di ulteriori valutazioni. Tale possibilità rimarrà l'unica applicabile, come sopra già affermato, nel caso di un soggetto che sia in possesso del solo titolo accademico e che non abbia maturato ulteriori conoscenze e qualifiche atte a supplire alla carenza. Proprio per questo il principio affermato nel caso *Morgenbesser* non sembra sufficiente a risolvere i problemi sopra evidenziati e a garantire un regime di libera circolazione dei "futuri professionisti", risultato che potrebbe essere raggiunto solo mediante la creazione di una procedura uniforme finalizzata a quello che l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni ha definito «riconoscimento di titoli accademici a fini professionali»⁶⁶.

Elisabetta Bergamini

⁶⁵ In tale direttiva si prevede che, nel caso di professioni per le quali sia necessaria la conoscenza del diritto interno, la facoltà di scelta fra tirocinio di adattamento e prova attitudinale, normalmente spettante al professionista, passa allo Stato al quale viene richiesto il riconoscimento. In Italia il decreto legislativo n. 115 del 27 gennaio 1992, ha previsto il superamento della prova attitudinale per le professioni di (procuratore legale), avvocato, commercialista e consulente per la proprietà industriale.

⁶⁶ Secondo l'Avvocato Generale (punto 89 delle conclusioni) la richiesta della Signora *Morgenbesser* di prendere in considerazione il suo titolo francese non doveva essere considerata una richiesta di riconoscimento di titolo accademico, bensì un riconoscimento di titolo accademico a fini professionali (v. caso *Thieffry* sopra analizzato), trattandosi di un diploma che, pur non garantendo l'accesso ad una professione, «attesta determinate conoscenze e qualifiche». Dal momento che la Corte prevede che si prendano in considerazione la «natura e durata degli studi» e «i diplomi, i certificati e gli altri titoli», anche la laurea in giurisprudenza, per quanto titolo accademico, può essere oggetto di «riconoscimento» se ritenuta equipollente al corrispondente diploma dello Stato richiesto (punti 90-93). Tale applicazione analogica dei principi previsti per il riconoscimento «professionale» non garantirebbe però risultati uniformi in tutti gli Stati. La soluzione migliore per garantire l'uniformità sarebbe, infatti, quella di prevedere un sistema di riconoscimento uniforme in tutti gli Stati, parallelo a quello già esistente per le qualifiche professionali.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

PUBBLICO IMPIEGO: LA POSTICIPAZIONE DELL'ENTRATA IN SERVIZIO DI UNA DIPENDENTE DI RUOLO CONSEGUENTE AL CONGEDO DI MATERNITÀ VIOLA IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 16 febbraio 2006 in causa n. C-294/04*

Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 76/207/Cee - Parità di trattamento tra uomini e donne - Accesso al pubblico impiego - Dipendente temporanea in congedo di maternità - Assunzione a tempo indeterminato - Calcolo dell'anzianità di servizio - *Dies a quo*.

La direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, osta ad una normativa nazionale che non riconosce ad un lavoratore di sesso femminile che si trova in congedo di maternità gli stessi diritti riconosciuti ad altri vincitori dello stesso concorso di assunzione per quanto riguarda le condizioni di accesso alla carriera di dipendente di ruolo posticipando la sua entrata in servizio alla scadenza di questo congedo, senza prendere in considerazione la durata del detto congedo nel calcolo dell'anzianità di servizio di questo lavoratore.

* In argomento v. *infra*, p. 293 ss., il commento di *GABRIELLA URSO*.

(*Omissis*) **In diritto**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (*Guce* n. L 39, p. 40), della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, n. 92/85/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva n. 89/391/Cee) (*Guce* n. L 348, p. 1), e della direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, n. 96/34/Ce concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (*Guce* n. L 145, p. 4).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la signora Sarkatzis Herrero e l'Istituto Madrileño de la Salud (Istituto madrileño della salute, Imsalud) relativamente alla data da prendere in considerazione nel calcolo dell'anzianità di servizio dell'interessata in qualità di dipendente pubblico, in quanto la signora Sarkatzis Herrero sostiene che si deve prendere in considerazione la data della sua nomina, anche se essa era in congedo di maternità in tale data, e non la data della sua effettiva entrata in servizio a conclusione di tale congedo.

(*Omissis*)

La causa principale e le questioni pregiudiziali

(*Omissis*)

22. In tale contesto, il Juzgado de lo Social n° 30 de Madrid ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se le disposizioni comunitarie in materia di congedo di maternità e di parità di trattamento tra uomo e donna nell'accesso al lavoro debbano essere interpretate nel senso che una donna che benefici del congedo di maternità e che in tale situazione ottenga un posto nel pubblico impiego debba godere degli stessi diritti di cui godono gli altri candidati che hanno superato il concorso di accesso al pubblico impiego.

2. Se, indipendentemente da ciò che può accadere nel caso di una dipendente che acceda per la prima volta all'impiego, qualora il rapporto di lavoro sia in corso, benché sospeso in virtù del godimento del congedo di maternità, l'accesso allo *status* di dipendente di ruolo o a tempo indeterminato rappresenti uno dei diritti di promozione nell'impiego il cui carattere effettivo non può essere pregiudicato dal fatto che la persona si trovi in congedo di maternità.

3. Se concretamente, nell'applicare le citate disposizioni, in particolare quelle relative alla parità di trattamento tra uomo e donna nell'accesso al lavoro o una volta ottenuto quest'ultimo, la dipendente con contratto a tempo determinato che si trovi in congedo di maternità nel momento dell'ottenimento del posto definitivo abbia diritto di prendere servizio in tale posto e di acquisire lo *status* di dipendente di ruolo, con i diritti inerenti a tale *status*, tra cui quello relativo all'inizio della carriera professionale e al calcolo dell'anzianità, tutto a partire da quel momento e a parità di condizioni

con gli altri candidati che abbiano ottenuto un posto, a prescindere dal fatto che, ai sensi delle norme di diritto interno applicabili, nel suo caso, l'esercizio dei diritti connessi all'effettiva prestazione del servizio possa rimanere eventualmente in sospeso fino all'inizio reale della prestazione».

Sulle questioni pregiudiziali

23. In via preliminare, occorre rilevare, poiché le questioni sottoposte si riferiscono in generale alle disposizioni di diritto comunitario in materia di congedo di maternità e di parità di trattamento tra uomini e donne, occorre identificare le norme comunitarie pertinenti al fine di poter risolvere le dette questioni.

24. Innanzi tutto, il giudice del rinvio menziona, nella motivazione della sua decisione, la direttiva n. 96/34 relativa al congedo parentale.

25. Ora, si deve tuttavia constatare che, alla data della sua nomina come dipendente di ruolo, la ricorrente nella causa principale si trovava in congedo di maternità e non in congedo parentale. Ne deriva che la direttiva n. 96/34 non è pertinente nell'ambito dell'esame delle questioni sottoposte.

26. Inoltre, la situazione della ricorrente nella causa principale dovrebbe essere esaminata in relazione alla direttiva n. 92/85 se il trattamento sfavorevole fatto valere dalla signora Sarkatzis Herrero violasse diritti tutelati da questa direttiva.

27. Non risulta tuttavia dal fascicolo presentato alla Corte che la ricorrente nella causa principale abbia fatto valere la violazione di tali diritti nell'ambito del rapporto di lavoro esistente.

28. Infatti, la situazione della signora Sarkatzis Herrero, caratterizzata dal venire in essere di un nuovo rapporto di lavoro durante un congedo di maternità, si distingue nettamente dalla reintegrazione in una precedente occupazione o in un'occupazione equivalente a quest'ultima a conclusione di un tale congedo.

29. Tutti gli interessati che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte ammettono del resto che esiste una differenza fondamentale tra la situazione di un dipendente temporaneo e quella di un dipendente di ruolo.

30. Infatti, l'entrata in servizio di un dipendente di ruolo, secondo il regime che si applica nella fattispecie, dipende dal superamento di un concorso e da una decisione di nomina. Il fatto che la signora Sarkatzis Herrero sia stata occupata presso lo stesso organismo prima e dopo il suo congedo di maternità è ininfluenza a tal riguardo.

31. Ne deriva che non esiste alcuna continuità giuridica tra le due situazioni successive della signora Sarkatzis Herrero, la quale deve quindi essere considerata nel senso che ha ottenuto una nuova occupazione divenendo dipendente di ruolo, non nel senso che sia stata reintegrata nel suo precedente lavoro.

32. Ne deriva che nemmeno la direttiva n. 92/85 è pertinente per risolvere le questioni poste. Pertanto, non occorre risolvere la seconda questione pregiudiziale.

33. Con la prima e la terza questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario si opponga ad una normativa nazionale la quale prevede che, nel calcolo dell'anzianità di servizio di un dipendente pubblico, venga presa in considerazione solo la data d'entrata in servizio dell'interessato, senza che sia prevista alcuna deroga per quanto riguarda le donne che si trovano in congedo di maternità alla data in cui sono chiamate ad occupare il posto al quale sono state nominate.

34. Tali questioni devono essere esaminate in relazione alle disposizioni degli artt. 2, nn. 1 e 3, e 3 della direttiva n. 76/207, nella versione applicabile ai fatti del caso di specie, al fine di determinare se, allorché un dipendente pubblico di sesso femminile si trova in congedo di maternità al momento della sua nomina, la posticipazione dell'inizio della carriera di quest'ultimo alla data della sua effettiva entrata in servizio costituisca una discriminazione fondata sul sesso.

35. Occorre innanzi tutto ricordare che la Corte ha dichiarato che la direttiva n. 76/207 si applica ai rapporti di lavoro nel pubblico impiego. Questa direttiva ha una portata generale, inerente alla natura stessa del principio da essa definito (v. sentenza 21 maggio 1985 in causa n. 248/83, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, p. 1459, punto 16).

36. Come ha rilevato l'Avvocato Generale al par. 34 delle sue conclusioni, l'art. 2, n. 1, della direttiva n. 76/207 vieta qualsiasi discriminazione in base al sesso e gli artt. 3 ss. di questa stessa direttiva definiscono i settori in cui non vi può essere discriminazione. Pertanto, le discriminazioni dirette o indirette sono vietate per quanto riguarda le condizioni di accesso al lavoro, ivi compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, l'accesso a tutti i tipi e a tutti i livelli di orientamento professionale, la formazione, il perfezionamento e l'aggiornamento professionali nonché l'esperienza professionale, le condizioni di occupazione e di lavoro e la partecipazione ad un'organizzazione rappresentativa di lavoratori o simili.

37. Nell'esercitare i diritti conferiti in conformità dell'art. 2, n. 3, della direttiva n. 76/207, le donne non possono costituire oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro delle stesse, in quanto la detta direttiva mira, sotto questo profilo, al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 30 aprile 1998 in causa n. C-136/95, *Thibault*, in *Raccolta*, I, p. 2011, punto 26).

38. Pertanto, l'applicazione delle disposizioni relative alla tutela delle donne incinte non può comportare un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro di una donna incinta, dimodoché impedisce ad un datore di lavoro di rifiutare l'assunzione di una candidata incinta per il fatto che un divieto di lavoro dovuto a tale stato di gravidanza gli impedirebbe di assegnarla, fin dall'inizio e per il periodo di gravidanza, al posto a tempo indeterminato da coprire (sentenza 3 febbraio 2000 in causa n. C-207/98, *Mahlburg*, in *Raccolta*, I, p. 549, punto 27).

39. Infine, per quanto riguarda la presa in considerazione di un periodo di congedo di maternità per l'accesso ad un livello superiore della gerarchia professionale, la Corte ha dichiarato che un lavoratore di sesso femminile è tutelato, nel suo rapporto di lavoro, contro ogni trattamento sfavorevole motivato dal fatto che esso usufruisce o ha usufruito di un congedo di maternità e che una donna che subisca un trattamento sfavorevole a causa di un'assenza per congedo di maternità è vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel detto congedo (v. sentenza 18 novembre 2004 in causa n. C-284/02, *Sass*, in *Raccolta*, I, p. 11143, punti 35 e 36).

40. Tuttavia, come il Governo del Regno Unito ha giustamente sottolineato nelle sue osservazioni all'udienza, i fatti all'origine della sentenza *Sass*, sopra menzionata, si distinguono nettamente da quelli della causa principale in quanto, nel caso della signora *Sass*, il congedo di maternità aveva coinciso con un'evoluzione di carriera, poiché la controversia riguardava un cambiamento di categoria di retribuzione.

Per contro, nella causa principale, la signora Sarkatzis Herrero ha ottenuto un nuovo impiego durante un congedo di maternità e la data della sua entrata in servizio è stata posticipata alla scadenza di tale congedo.

41. Tuttavia, come ha rilevato l'Avvocato Generale al par. 39 delle sue conclusioni, poiché la direttiva n. 76/207 mira ad un'uguaglianza sostanziale e non formale, le disposizioni degli artt. 2, nn. 1 e 3, e 3 di questa direttiva devono essere interpretate nel senso che vietano qualsiasi trattamento sfavorevole di un lavoratore di sesso femminile a causa di un congedo di maternità o in relazione con un tale congedo, diretto alla tutela della donna incinta, senza che occorra tener conto del fatto che il detto trattamento riguarda un rapporto di lavoro esistente o un nuovo rapporto di lavoro.

42. Quest'interpretazione è corroborata dalla posizione espressa dalla Corte al punto 48 della sentenza *Sass*, sopra menzionata, secondo cui il diritto comunitario esige che il fatto di usufruire di un congedo legale di tutela, da un lato, non interrompa né il rapporto di lavoro della donna interessata né l'attuazione dei diritti connessi e, dall'altro, non possa provocare un trattamento sfavorevole di quest'ultima.

43. È necessario precisare che né i documenti del fascicolo né le informazioni fornite all'udienza dal Governo spagnolo consentono di determinare con certezza se dipendenti i quali, come la ricorrente nella causa principale, sono stati occupati come dipendenti temporanei prima di essere nominati dipendenti di ruolo beneficino, al momento della loro acquisizione dello *status* di dipendente di ruolo, di un riporto dell'anzianità di servizio acquisita nell'impiego precedentemente occupato, compresi eventuali congedi di maternità, e, in caso affermativo, se quest'anzianità di servizio venga presa in considerazione per la progressione negli scatti della carriera dei detti dipendenti.

44. In quanto, da un lato, persiste il dubbio circa l'incidenza sulla situazione della signora Sarkatzis Herrero della legge 26 dicembre 1978, n. 70, relativa al riconoscimento dei servizi precedenti nella pubblica amministrazione (*Ley de Reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública*, *BOE* n. 9 del 10 gennaio 1979, p. 464), e del decreto di attuazione 29 settembre 1989, n. 1181 (*BOE* n. 237 del 3 ottobre 1989, p. 30952), nonché del regio decreto legge 11 settembre 1987, n. 3, relativo alla retribuzione dei dipendenti pubblici (*Real Decreto-Ley de la Jefatura del Estado, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud*, *BOE* n. 219 del 12 settembre 1987, p. 27649), menzionati dall'*Imsalud*, e in quanto, dall'altro, la legge 16 dicembre 2003, n. 55, che istituisce lo statuto-quadro del personale dei servizi della sanità (*Ley del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, *BOE* n. 301 del 17 dicembre 2003, p. 44742), non era in vigore alla data di entrata in servizio della ricorrente nella causa principale, spetta al giudice del rinvio accertare se la signora Sarkatzis Herrero abbia effettivamente costituito oggetto di un trattamento sfavorevole.

45. Se ci si attiene alle premesse esposte nella decisione di rinvio, occorre considerare che la posticipazione dell'entrata in servizio della signora Sarkatzis Herrero in qualità di dipendente di ruolo, conseguente al congedo di maternità di cui ha beneficiato l'interessata, costituisce un trattamento sfavorevole ai sensi della direttiva n. 76/207.

46. Il fatto che altri soggetti, in particolare di sesso maschile, possano, per altri motivi, essere trattati allo stesso modo della signora Sarkatzis Herrero non ha incidenza sulla valutazione della situazione di quest'ultima in quanto la posticipazione

della data d'entrata in servizio dell'interessata è derivata esclusivamente dal congedo di maternità di cui essa ha beneficiato.

47. Sulla base delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima e la terza questione nel senso che la direttiva n. 76/207 osta ad una normativa nazionale che non riconosce ad un lavoratore di sesso femminile che si trova in congedo di maternità gli stessi diritti riconosciuti ad altri vincitori dello stesso concorso di assunzione per quanto riguarda le condizioni di accesso alla carriera di dipendente di ruolo posticipando la sua entrata in servizio alla scadenza di questo congedo senza prendere in *[rectius: in n.d.r.]* considerazione la durata del detto congedo nel calcolo dell'anzianità di servizio di tale lavoratore.

(Omissis)

IN MARGINE ALLA SENTENZA *SARKATZIS HERRERO* SUI CONGEDI PARENTALI E DI MATERNITÀ

Sommario: *Premessa: il caso esaminato dalla Corte di giustizia - 1. La qualificazione di congedo parentale e di congedo di maternità - 1.1 I congedi di maternità - 1.2 I congedi parentali - 2. La trasposizione della normativa comunitaria nel diritto interno italiano - 2.1 I congedi parentali nell'esperienza di altri Stati europei - 3. Spunti conclusivi sulla conciliazione di vita personale e professionale.*

Premessa: il caso esaminato dalla Corte di giustizia

Il 16 febbraio 2006 la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi sulla dibattuta questione della parità di trattamento uomo-donna, dalla prospettiva dei congedi parentali e di maternità¹. La controversia riguardava la signora Carmen Sarkatzis Herrero e l'Istituto Madrilenò *de la Salud (Imsalud)* e verteva sulla data da considerare al fine di computare l'anzianità di servizio della ricorrente. Secondo la signora Sarkatzis Herrero, infatti, la data rilevante era quella relativa alla sua nomina, nonostante la stessa fosse in congedo di maternità, e non invece quella della sua effettiva immissione in servizio, al termine del congedo, così come sostenuto dall'*Imsalud*.

La signora Sarkatzis Herrero, già dipendente a tempo determinato dell'*Imsalud*, aveva superato il concorso indetto da tale Istituto per l'assunzione di personale a tempo indeterminato ed era stata pertanto nominata ad un posto di ausiliario amministrativo con decisione pubblicata il 20 dicembre 2002, la quale fissava altresì il termine di un mese per entrare in servizio. Tuttavia, trovandosi in congedo di maternità, aveva domandato una proroga di tale termine fino alla conclusione del congedo stesso, asserendo inoltre che la data da prendere in considerazione ai fini del calcolo della sua anzianità di servizio fosse, ciononostante, quella della sua data di nomina e non quella effettiva di entra-

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2006 in causa n. C-294/04, *Sarkatzis Herrero*, in *Raccolta*, 2006, I, p. I513 ss. Reperibile anche in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/06/causa294-04.htm> e in <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0294:IT:HTML>.

ta in servizio. L'*Imsalud* aveva acconsentito alla proroga del termine, ma non alla seconda richiesta. Pertanto la signora Sarkatzis Herrero agiva in giudizio.

Il giudice spagnolo reputava il provvedimento di assunzione in contrasto con la direttiva n. 92/85 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro della lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento², nonché con la direttiva n. 96/34 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale³ e con la direttiva n. 76/207 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro⁴.

1. La qualificazione di congedo parentale e di congedo di maternità

La sentenza in questione è l'ultima, in ordine cronologico, ad occuparsi della spinosa materia della parità di trattamento uomo-donna. La Corte di giustizia, negli ultimi anni, è stata in particolar modo impegnata ad affrontare controversie inerenti ai congedi parentali e ai congedi di maternità e ha cercato di precisare il campo di applicazione dei primi rispetto ai secondi e, al contempo, di sottolineare le differenze tra questi due strumenti, spesso impropriamente considerati interscambiabili.

La legislazione sociale comunitaria, nel disciplinare le condizioni di lavoro e nello stabilire quali fra i bisogni potessero essere posti a carico della collettività, ha indirettamente interferito con le modalità di organizzazione della famiglia. Essa lo ha fatto, in particolare, attraverso la normativa promozionale delle donne, influenzando le condizioni e i costi di lavoro e incentivando determinati tipi di comportamenti. Le istituzioni comunitarie, soprattutto a partire dagli anni Settanta, hanno infatti posto in essere numerosi atti volti ad assicurare una parità di trattamento tra uomini e donne e a eliminare le persistenti disparità tra i due sessi, a rimuovere cioè quella che è stata definita una «struttura socio-economica costruita prevalentemente a misura del maschio»⁵. Il le-

² La norma prevede, all'art. 11, n. 2, che vengano garantiti «i diritti connessi con il contratto di lavoro delle lavoratrici»; direttiva n. 92/85/Cee del Consiglio 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro della lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *Guce* n. L 348 del 28 novembre 1992, p. 1.

³ Direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, n. 96/34/Ce concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, in *Guce* n. L 145 del 19 giugno 1996, p. 4. Sulla rilevanza degli "accordi quadro" v. F. CAPELLI, *Gli "accordi quadro" comunitari come strumenti per risolvere i conflitti in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2005, p. 59.

⁴ Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, in *Guce* n. L 39 del 14 febbraio 1976, p. 40.

⁵ M. L. DE CRISTOFARO (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici. Commento alla legge 10 aprile 1991, n. 25*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

gislatore comunitario si era reso infatti conto, col passare del tempo, che una semplice tutela del diritto al lavoro delle donne non permetteva, da sola, il raggiungimento di tali obiettivi; una normativa del genere si dimostrava insufficiente soprattutto laddove la vita professionale delle lavoratrici entrasse in conflitto con altre esigenze, prima fra tutte la cura dei figli. Si è fatta così avanti una nuova prospettiva, che ha iniziato a considerare la vita lavorativa come "flessibile", tale cioè da poter includere contemporaneamente periodi di non lavoro e riconoscimento del lavoro di cura, e da poter superare la distinzione tra vita produttiva e riproduttiva: il lavoro non è, o, meglio, non dovrebbe essere più visto solo come attività produttiva remunerata, bensì come l'intera attività svolta dall'individuo⁶.

La Comunità europea ha perciò posto in essere strumenti specificamente indirizzati alla conciliazione di vita familiare e professionale e ha promosso le funzioni parentali in maniera tale da condizionare direttamente la disciplina dei rapporti di lavoro⁷.

Proprio la crescente attenzione ad una differente organizzazione dei tempi di vita e di lavoro ha condotto all'emanazione della raccomandazione n. 92/241 sulla custodia dei figli⁸ e alle già citate direttive n. 92/85 e n. 96/34. Ed emblematicamente la Carta di Nizza afferma, all'art. 33, secondo comma, che «al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio»⁹.

1.1 I congedi di maternità

La direttiva n. 92/85/Cee del Consiglio¹⁰, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, trova la

⁶ Per una approfondita analisi sul tema: G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁷ Altrettanto non può dirsi di altri ordinamenti, ad esempio di quello statunitense, dove viene tutelata solo la maternità e con una minore intensità.

⁸ Raccomandazione n. 92/241/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992 relativa alla custodia dei figli, in *Guce* n. L 123 dell'8 maggio 1992.

⁹ Si veda R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

¹⁰ Direttiva n. 92/85/Cee, *cit. supra*, nota 2. La direttiva è stata recepita in Italia dal dlgs n. 645/96. Si segnalano: F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2001; M. ROCCELLA - T. TREU, *Il diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2002; G. ARRIGO - R. FOGLIA, *Codice del lavoro dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; D. GOTTARDI, *I congedi parentali in Europa*, in *Lavoro Informazione*, n. 6, 1996, p. 15 ss.; A. ADINOLFI - R. BORTONE, *Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1994, n. 62, p. 2.

propria base giuridica nel vecchio art. 118 A del Trattato che prevede che il Consiglio adotti, mediante direttive, prescrizioni minime per promuovere il miglioramento dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori¹¹.

La direttiva, nello specifico, è stata adottata considerando che le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento devono essere considerate come un gruppo esposto a rischi specifici e pertanto devono essere posti in essere provvedimenti per la protezione della loro sicurezza e salute; al contempo, tale specifica tutela non deve né svantaggiare le donne sul mercato del lavoro né pregiudicare gli effetti delle direttive in materia di uguaglianza di trattamento tra uomini e donne. Come esplicitamente affermato nella relazione sull'applicazione della direttiva¹², i diritti in essa sanciti «rappresentano una buona cornice per il duplice ruolo delle donne in quanto lavoratrici e madri, ruolo che esige una speciale tutela e una non discriminazione».

La direttiva si applica a tutte le lavoratrici gestanti, siano esse occupate nel settore pubblico come in quello privato, tanto con contratti a tempo indeterminato quanto a tempo determinato. Le definizioni di «lavoratrici che allattano» e di «lavoratrici che hanno di recente procreato» rimandano alle legislazioni nazionali e pertanto variano a seconda dello Stato membro¹³. La direttiva prevede che venga effettuata una valutazione del posto di lavoro e della mansione delle lavoratrici; laddove l'analisi evidenzi un rischio per la salute e la sicurezza, si devono adottare provvedimenti ragionevoli per far sì che tale pericolo venga evitato.

Specificamente, per quello che a noi interessa, ai sensi dell'art. 8 gli Stati membri devono adottare le misure necessarie affinché le lavoratrici fruiscano di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, conformemente alle legislazioni e alle prassi nazionali. Tale congedo di maternità deve includere un congedo di maternità

¹¹ Si veda a proposito: E. RADIGHIERI, *Nuove prospettive per la parità tra i sessi?*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 179 ss.

¹² Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva del Consiglio n. 92/85/Cee del 19 ottobre 1992 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, del 15 marzo 1999, COM(99)0100 def.

¹³ In sintesi, l'art. 2 della direttiva definisce lavoratrice gestante ogni lavoratrice che informi del suo stato di gravidanza il proprio datore di lavoro, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali. La maggior parte degli Stati membri non ha una definizione di lavoratrici gestanti, ma alcuni le definiscono come donne che di recente hanno partorito o che allattano. Un'eccezione è rappresentata dal Lussemburgo, che definisce specificamente una gestante come una donna che è incinta e che ha informato il suo datore di lavoro tramite un certificato medico trasmesso per lettera raccomandata, e che è affiliata al regime di sicurezza sociale in Lussemburgo. La definizione di lavoratrice puerpera varia notevolmente a seconda dello Stato membro, come anche quella di lavoratrice in periodo di allattamento, periodo che varia nei paesi europei da sei mesi dopo il parto (Irlanda) ad un anno (Grecia).

obbligatorio di almeno due settimane¹⁴.

L'art. 10 stabilisce un divieto di licenziamento delle lavoratrici nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo, tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il proprio accordo. Inoltre si specifica che laddove una dipendente venga licenziata durante il periodo di gestazione il datore di lavoro deve fornire per iscritto i motivi del licenziamento¹⁵. La Corte di giustizia ha più volte affermato che il rifiuto di assumere una donna in quanto in stato di gravidanza rappresenta una discriminazione diretta in base al sesso, incompatibile con la direttiva n. 76/207/Cee¹⁶.

1.2 I congedi parentali

La direttiva n. 96/34 si pone come obiettivo l'attuazione di prescrizioni minime sul congedo parentale e sull'assenza dal lavoro per motivi di forza maggiore, considerati mezzi essenziali per conciliare la vita professionale e familiare e per promuovere la parità di possibilità e di trattamento economico fra donne e uomini.

La direttiva si ispira, fra l'altro, al punto 16 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, relativo alla parità di trattamento tra uomini e donne, che stabilisce che «è altresì opportuno sviluppare misure che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari» e, in generale, si rifà all'idea per cui si dovrebbero introdurre misure destinate a conciliare la vita professionale familiare, promuovendo in tal modo la diffusione di nuovi modi flessibili di organiz-

¹⁴ Al tempo in cui venne emanata la direttiva, il congedo di maternità, escluso ogni tipo di congedo di paternità o parentale, variava dalle quattordici settimane nel Regno Unito alle ventotto settimane in Danimarca.

¹⁵ In definitiva, l'unica eccezione a questa disposizione è costituita dal licenziamento motivato da cause non legate alla gravidanza, ammesso dalla legislazione nazionale e a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo

¹⁶ Nella sentenza del 14 luglio 1994 in causa n. C-32/93, *Webb*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3597 ss., la Corte ha stabilito che era incompatibile con la direttiva n. 76/207/Cee il licenziamento della signora Webb, assunta per sostituire una lavoratrice assente per congedo di maternità, allorché ci si era accorti che anch'essa si trovava in stato interessante. Nella sentenza del 29 maggio 1997 in causa n. C-400/95, *Larsson*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2757 ss.) la Corte si è occupata del licenziamento di una lavoratrice destituita dopo un lungo periodo di congedo di malattia dovuto a condizioni connesse con la gravidanza. La Corte ha però stabilito che in tal caso la direttiva n. 76/207/Cee non trovava applicazione, poiché il licenziamento era avvenuto dopo la fine del periodo di congedo di maternità della lavoratrice. Nel 1998 la Corte si è vista sottoporre una causa molto simile: *Brown c. Rentokil Ltd* (sentenza del 30 giugno 1998 in causa n. C-394/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4224 ss.). La signora Brown, assente dal lavoro per oltre sei mesi nel corso della gravidanza, a causa di una malattia connessa con la stessa, veniva licenziata sulla base di una clausola del contratto di lavoro, valido per tutti i dipendenti Rentokil, uomini e donne, che precisava che l'assenza di malattia di sei mesi giustificava il licenziamento. La Corte ha stabilito, ribaltando esplicitamente la sentenza *Larsson*, che era incompatibile con la direttiva n. 76/207/Cee licenziare una lavoratrice per una malattia connessa con la gravidanza durante la stessa.

zazione del lavoro e dell'orario, più adatti ai bisogni di una società in via di mutamento e rispondenti sia alle esigenze delle imprese che dei lavoratori, che permettano la promozione della partecipazione delle donne alla vita attiva, nonché tali da incoraggiare gli uomini ad assumere uguali responsabilità familiari. L'introduzione dei congedi parentali mira pertanto a superare la tradizionale coincidenza tra tutela della madre e tutela dei figli.

La direttiva fissa prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano e si applica a tutti i lavoratori, di ambo i sessi, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legge, da contratti collettivi o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro; attribuisce il diritto individuale ad un congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché i genitori possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino a un'età non superiore a 8 anni, determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali. Inoltre si precisa che il diritto al congedo parentale dovrebbe, in linea di principio, essere attribuito in forma non trasferibile¹⁷ e si sottolinea, al *considerando* n. 9, che il congedo parentale differisce da quello di maternità¹⁸.

Le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale sono definite dalla legge e/o dalle convenzioni collettive stipulate negli Stati membri, nel rispetto delle prescrizioni minime previste dall'accordo. Onde assicurare che i lavoratori possano esercitare il diritto al congedo parentale, gli Stati membri e/o le parti sociali devono prendere le misure necessarie per proteggere i lavoratori dal licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo stesso. Al suo termine il lavoratore ha diritto di ritornare allo stesso posto di lavoro o, qualora ciò non sia possibile, a un lavoro equivalente o analogo che corrisponda al suo contratto o al suo rapporto di lavoro¹⁹.

Gli Stati membri possono stabilire che il congedo parentale venga concesso a tempo pieno, a tempo parziale, in modo frammentato o nella forma di un credito di tempo; possono subordinare il diritto al congedo parentale ad una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno; possono adeguare le condizioni di accesso e le modalità d'applicazione del congedo parentale alle circostanze particolari proprie dell'adozione; possono fissare i termini del preavviso che il lavoratore deve dare al datore di la-

¹⁷ In Italia il testo unico del 2001 che disciplina la materia prevede che il diritto all'astensione facoltativa spetti «anche se l'altro genitore non ne ha diritto». La legge pertanto supera quei dubbi sorti in dottrina sulla possibilità che, stante la formulazione della direttiva che lascia la facoltà agli Stati membri di prevederne la totale o limitata trasferibilità, la disciplina dei congedi si rivelasse una semplice conferma della preminenza del ruolo della donna nella cura della prole, non assicurandone il padre circa la fruizione.

¹⁸ M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit. *supra*, nota 10; L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹⁹ La legge italiana, al fine di garantire la vicinanza tra genitori e figli, ha stabilito che al rientro dai periodi di astensione il lavoratore verrà inserito «nella stessa unità produttiva» ove era precedentemente impiegato o in «altra ubicata nello stesso comune».

voro allorché intende esercitare il diritto al congedo parentale²⁰; possono definire le circostanze in cui il datore di lavoro, previa la consultazione conforme alla legge, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, è autorizzato a rinviare la concessione del congedo parentale per giustificati motivi attinenti al funzionamento dell'impresa²¹; infine, possono autorizzare accordi particolari intesi a soddisfare le esigenze operative e organizzative delle piccole imprese.

Circa le assenze dal lavoro per cause di forza maggiore, gli Stati membri e/o le parti sociali prendono le misure necessarie per autorizzare i lavoratori ad allontanarsi dal lavoro per tali motivi, siano essi derivanti da ragioni familiari urgenti o dovuti a malattie o infortuni che rendono indispensabile la presenza immediata del lavoratore.

Si ricorda da ultimo, tra le disposizioni finali, che gli Stati membri possono applicare o introdurre disposizioni più favorevoli di quelle previste nell'accordo e che la loro attuazione non costituisce una giustificazione valida per la riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori in tale settore.

In sintesi: la direttiva propone l'adozione di misure minime volte a realizzare la conciliazione tra vita professionale e vita personale. L'aver attribuito ugualmente, ad entrambi i genitori, la possibilità di fare ricorso al congedo tende a rendere concreta un'equa ripartizione dei carichi familiari nonché una redistribuzione dei ruoli all'interno della famiglia, promuovendo in tal modo la parità di trattamento e di opportunità; infatti, stimolando la partecipazione del padre al lavoro di cura si cerca di sostenere la continuità della carriera delle donne, di frequente bloccata nei primi anni di vita dei figli. I congedi parentali mirano ad assicurare al bambino la presenza di almeno uno dei genitori²² e vanno pertanto ad equiparare significativamente il ruolo del padre a quello della madre.

2. La trasposizione della normativa comunitaria nel diritto interno italiano

In Italia il congedo di maternità oggi viene disciplinato dal dlgs n. 151/2001²³. L'art. 16 indica un periodo di cinque mesi (due mesi precedenti il

²⁰ La direttiva afferma esplicitamente che tale preavviso deve indicare l'inizio e la fine del periodo di congedo.

²¹ Sempre la direttiva fa riferimento alle ipotesi, ad esempio, di un lavoro di natura stagionale, o il caso in cui non è possibile trovare un sostituto durante il periodo di preavviso, o se una quota significativa della manodopera domanda il congedo parentale allo stesso tempo, o allorché una funzione particolare rivesta importanza strategica. La legge italiana, invece, non prevede alcuna possibilità per il datore di lavoro di impedire l'astensione regolarmente comunicata.

²² Tanto che la dottrina parla di riforma a favore dell'intera famiglia. Si veda AA. VV., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 1215 ss.

²³ Dlgs n. 151 del 2001, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53, in *Guri* n. 96

parto e tre successivi ad esso) in cui la lavoratrice ha l'obbligo di astenersi dal lavoro. L'art. 20 del decreto prevede la possibilità di usufruire in maniera flessibile del congedo «ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto (...)».

Il recepimento della direttiva n. 96/34 è avvenuto con la l. n. 53 del 2000²⁴, ora trasfusa nel Testo unico del 2001²⁵ in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità. Con tale disciplina il legislatore si è proposto l'obiettivo di far considerare dalla società i momenti trascorsi in congedo di maternità come periodi normali e non "straordinari" nella vita della persona, come naturali porzioni dell'esistenza da dedicare alla cura della famiglia o alla propria. Il congedo parentale viene inoltre inteso come diritto individuale e non trasferibile attribuito a tutti i lavoratori e lavoratrici²⁶.

La l. n. 53 dell'8 marzo 2000²⁷ spazia dalla concessione di una variegata tipologia di congedi fino al supporto alle banche del tempo e ai progetti di armonizzazione territoriale degli orari. Il periodo minimo di congedo di maternità spettante alla madre è di cinque mesi, mentre il congedo parentale può essere ripartito fino al compimento degli otto anni del figlio. La grande novità del testo sta nell'aver previsto anche per il padre la possibilità di usufruire del congedo parentale, per un periodo massimo di sette mesi. La nuova disciplina, in sintesi, prevede una più lunga durata dei congedi parentali (da sei a un-

del 26 aprile 2001, *suppl. ord.* Per una ricostruzione storica si veda M. CAGARELLI, *I congedi parentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

²⁴ L. 8 marzo 2000, n. 53, Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città, in *Guri* n. 6 del 13 marzo 2000. Essa rimanda anche all'art. 30 della Costituzione italiana, in base al quale «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio». È opinione largamente condivisa in dottrina che la legge italiana sia una tra le migliori ampliando essa la tutela concessa a livello comunitario. A proposito, C. SARACENO, *Politiche del lavoro e politiche della famiglia*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 39.

²⁵ Dlvo n. 151 del 2001, *cit. supra*, nota 23.

²⁶ Fra l'altro, la normativa italiana prevede i congedi formativi, non contemplati esplicitamente dalla direttiva n. 96/34 ma comunque rispondenti alle esigenze più volte manifestate dalla Comunità: in particolare, con la decisione del Consiglio n. 63/266, del 2 aprile 1963, sulla determinazione dei principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale, con la raccomandazione del Consiglio del 30 giugno 1993 sull'accesso alla formazione professionale permanente, con il Libro Bianco della Commissione europea del dicembre 1993 presentato da Jacques Delors su crescita, competitività e occupazione nonché, infine con l'attuale art. 150 del Trattato che obbliga la Comunità a facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali e di «migliorare la formazione professionale iniziale e la formazione permanente».

²⁷ Si vedano a proposito D. GOTTARDI, *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 121 ss.; L. CALAFÀ, *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 143 ss.; M. LAI, *I congedi parentali e familiari*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1998, p. 2686 ss. AA.VV., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, *cit. supra*, nota 22; A. ADINOLFI - R. BORTONE, *Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1994, p. 361 ss.; P. DI NUNZIO, *La nuova tutela della maternità e della paternità*, in *Guida al lavoro*, 2000, n. 12, p. 10 ss.

dici mesi), la loro frazionabilità (fino ad un giorno) e dilazionabilità (dalla nascita del bimbo fino al compimento dei suoi otto anni), nonché la possibilità per la lavoratrice e il lavoratore subordinati di utilizzarli contemporaneamente. Il padre può anche ottenere il congedo a seguito della malattia del figlio, ma non se ne usufruisce al contempo anche la moglie.

In positivo, si può dire che la legge italiana ha esteso il periodo di congedo in due versi: attraverso le concessioni effettuate nei confronti dei lavoratori di sesso maschile; ampliando la fascia di età del figlio per cui si può ottenere il congedo. Le critiche, invece, segnalano che la legge avrebbe potuto del tutto parificare la figura del padre e della madre e avrebbe potuto maggiormente sollecitare l'intervento delle parti sociali²⁸.

2.1 I congedi parentali nell'esperienza di altri Stati europei

La Germania è stata il primo Paese europeo ad introdurre una disciplina sulla tutela della maternità, nel lontano 1883. Sono seguite Danimarca (1892), Lussemburgo (1901), Gran Bretagna e Irlanda (1901). Il Portogallo, nel 1984, è stata invece l'ultima nazione a dotarsi di una normativa in materia.

Sui congedi di paternità, cioè alle astensioni legate alla nascita di un figlio, si segnalavano, all'indomani dell'emanazione della direttiva, forti disparità nelle legislazioni europee. Taluni Stati prevedevano la possibilità per i padri, titolari di un autonomo diritto, di assentarsi per un periodo compreso tra i tre giorni e le due settimane. In altri Stati i congedi venivano attribuiti in alternativa alla fruizione della madre, laddove quest'ultima fosse impossibilitata (in Belgio, Francia, Italia, Portogallo e Spagna). In Spagna spettava agli stessi genitori, laddove entrambi lavorassero, decidere se il padre potesse usufruire di quattro settimane di congedo. In Danimarca il padre poteva godere delle ultime dieci settimane di congedo al posto della madre. La Grecia si distingueva per una normativa del 1984 estremamente avanzata, che annoverava tra le responsabilità familiari non solo la cura dei figli, ma anche quella degli altri membri della famiglia che ne avessero bisogno. La Norvegia prevedeva una disposizione per cui il padre risultava obbligato ad usufruire di quattro settimane di congedo e, laddove il genitore non lo avesse utilizzato,

²⁸ Si segnalano: A. GRECCHI, *Pari opportunità: il diritto e la cultura*, Milano, Franco Angeli, 1995; P. BOZZAO, *La protezione sociale della famiglia*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 61. In Italia, grazie all'influenza del diritto comunitario nonché all'evoluzione giurisprudenziale, si è superata la concezione tradizionale nella distinzione dei ruoli all'interno della famiglia per l'assistenza al figlio, «sul presupposto che un equilibrato sviluppo della personalità di quest'ultimo necessita di attenzioni di carattere affettivo e relazionale che vanno al di là dell'aspetto puramente biologico» (Corte costituzionale, 21 aprile 1993, n. 179). Con la legge sul congedo parentale, è stato valorizzato il contributo di mariti e mogli all'interno della famiglia, in virtù della «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e alla educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi» (Corte costituzionale 27 luglio 2000, n. 32).

da tale diritto decadeva anche la madre. Il sistema svedese si evidenziava in quanto estremamente flessibile, perché i genitori potevano ripartire il congedo nelle maniere più disparate.

Circa le modifiche normative intervenute dopo la direttiva del 1996, si segnala la nuova legislazione austriaca (2002) sul congedo per assistenza nell'ambito familiare, che permette migliori cure ai familiari in fin di vita ed ai bambini molto malati: tale legge prevede il diritto per qualsiasi lavoratore di ridurre le proprie ore di lavoro o prendere un congedo non retribuito con l'accordo del datore di lavoro. La provincia spagnola della Catalogna ha sancito legalmente il diritto dei propri dipendenti di ridurre il proprio orario di lavoro quotidiano di un terzo per otto mesi, senza riduzione salariale, dopo il congedo di maternità di diciotto settimane. Il congedo parentale danese e le norme del congedo per l'assistenza ai bambini sono stati profondamente modificati; in base alla legge n. 141 del 25 marzo 2002, non esiste più un congedo separato per l'assistenza ai bambini oltre al congedo parentale.

Inoltre, in gran parte degli Stati europei è stabilito un aiuto economico, di solito una somma prestabilita concessa al verificarsi di certe condizioni. La Corte di giustizia si è occupata del sistema del *family credit* del Regno Unito, una cifra elargita ai lavoratori con scarso reddito che abbiano un figlio, che è stato ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva n. 76/207 perché destinata ad «incoraggiare i lavoratori scarsamente retribuiti a continuare a lavorare»²⁹.

3. Spunti conclusivi sulla conciliazione di vita personale e professionale

Tornando alla sentenza *Sarkatzis*, la Corte di giustizia ha ritenuto non pertinenti la direttiva n. 96/34 e la n. 92/85 ai fini della definizione della questione in oggetto: la prima infatti non troverebbe applicazione, trovandosi la signora Sarkatzis in congedo di maternità e non parentale; la seconda non rileverebbe in quanto la presunta discriminazione si riferisce a un nuovo rapporto di lavoro sorto durante il congedo di maternità e non già alla «precedente occupazione o in un'occupazione equivalente a quest'ultima a conclusione di un tale congedo»³⁰.

²⁹ Sentenza del 13 luglio 1995 in causa n. C-116/94, *Jennifer Meyers c. Adjudication Officer*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2131. In Germania, l'assegno parentale o di educazione viene automaticamente concesso «alle persone che rispondono a determinati criteri obiettivi, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali, e destinata a compensare gli oneri familiari» e va considerato alla stregua di una prestazione familiare (sentenza del 10 ottobre 1996 in causa n. C-245/94, *Hoever*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4895 ss.). Si veda L. CALAFÀ - G. GOTTARDI, *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibili riforme*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 1999, p. 431 ss.

³⁰ Soltanto quest'ultima ipotesi rientra infatti nel novero dell'applicazione della direttiva n. 92/85 mentre nel caso di specie «non esiste alcuna continuità giuridica tra le due situazioni succes-

La tutela veniva accordata dal giudice comunitario, conformemente alle conclusioni presentate dall'Avvocato generale³¹, sulla base della direttiva n. 76/207, la quale vieta qualsiasi discriminazione basata sul sesso e, specificamente, per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro «in quanto la detta direttiva mira, sotto questo profilo, al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale»³². Pertanto, l'applicazione delle norme a tutela delle maternità non possono comportare un trattamento sfavorevole nell'accesso al lavoro per una donna incinta. In conclusione, quindi, «la posticipazione dell'entrata in servizio della signora Sarkatzis Herrero (...), conseguente al congedo di maternità di cui ha beneficiato l'interessata, costituisce un trattamento sfavorevole ai sensi della direttiva n. 76/207»³³.

Più volte, negli ultimi anni, la Commissione europea ha ribadito l'importanza per le donne e gli uomini delle politiche in materia di interruzione della carriera, congedo parentale e lavoro a tempo parziale. Occorre, secondo la stessa, fornire sufficienti strutture di buona qualità per la custodia dei bambini e l'assistenza alle persone non autosufficienti, al fine di favorire l'ingresso e la permanenza delle donne e degli uomini sul mercato del lavoro. A questo proposito è valutata come fondamentale un'adeguata ripartizione delle responsabilità familiari. Per rafforzare le pari opportunità, gli Stati membri e le parti sociali devono studiare, attuare e incoraggiare interventi volti a promuovere politiche in favore delle famiglie, compresi servizi di assistenza economicamente sostenibili, accessibili e di alta qualità per i figli e gli altri familiari a carico, nonché regimi relativi al congedo parentale e ad altri tipi di congedo, in particolare, come scritto nella relazione annuale - *Pari opportunità per le donne e gli uomini nell'Unione europea* - del 1998, «gli Stati membri devono (...) creare le condizioni che possano consentire all'economia europea e alle imprese di beneficiare pienamente della creatività, del talento e delle competenze delle donne, consentendo agli uomini e alle donne di beneficiare di un maggiore equilibrio fra la vita professionale e la vita familiare».

Nella stessa relazione si evidenziava come le previsioni demografiche indicassero che la popolazione dell'Unione europea sarebbe stata composta da meno bambini e più anziani, il che avrebbe comportato un mutamento di caratteristiche delle persone non autosufficienti, con notevoli ripercussioni non solo sulla partecipazione delle donne e degli uomini al mercato del lavoro, ma anche sull'organizzazione dei servizi di assistenza, a pagamento e gratuiti.

sive della signora Sarkatzis Herrero, la quale quindi deve essere considerata nel senso che ha ottenuto una nuova occupazione divenendo dipendente di ruolo, non nel senso che sia stata reintegrata nel suo precedente lavoro» (punto 31 della sentenza).

³¹ Punto 34 delle conclusioni dell'Avvocato Generale *Christine Stix-Hackl* presentate il 10 novembre 2005.

³² Punto 37 della sentenza.

³³ Punto 45.

Per l'Unione europea, il rafforzamento delle pari opportunità uomo-donna necessita di politiche più incisive che permettano di conciliare meglio il lavoro e le responsabilità familiari.

Nella relazione del 2002³⁴ si è sottolineato come le politiche relative alla conciliazione siano «componenti essenziali della dimensione di genere nella strategia europea per l'occupazione e nel processo d'inserimento sociale, e mirano a garantire condizioni favorevoli alle donne ed agli uomini per l'entrata, il ritorno e la permanenza sul mercato del lavoro». Si proponeva, in particolare, di realizzare la possibilità di usufruire di servizi di custodia economicamente accessibili e di buona qualità, la condivisione paritaria delle responsabilità in materia di custodia dei bambini e dei lavori domestici, l'incoraggiamento rivolto ai padri affinché facciano uso del congedo parentale, nonché l'offerta di soluzioni improntate alla flessibilità sia per gli uomini che per le donne.

Circa l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, significativa è la sentenza *Hill*³⁵, nella quale la Corte di giustizia ha dichiarato che «la politica comunitaria in questo ambito [la parità di trattamento] consiste nell'incoraggiare e, se possibile, nell'adeguare le condizioni di lavoro agli oneri familiari. La protezione della donna nella vita familiare nonché nello svolgimento della sua attività lavorativa è, al pari di quella dell'uomo, un principio ampiamente considerato, negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, come il corollario naturale dell'uguaglianza tra uomini e donne, e riconosciuto dal diritto comunitario».

Quindi, alla luce di quanto affermato negli ultimi anni dalle istituzioni comunitarie, al centro delle disparità fra donne e uomini sul mercato del lavoro si pone la questione del genere e delle politiche relative all'orario di lavoro. Si segnala come siano necessarie nuove possibilità di occupazione a tempo parziale e di orario flessibile, al fine di rimuovere gli ostacoli strutturali e occasionali ai doveri di assistenza delle donne e degli uomini: la condivisione

³⁴ Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni - *Relazione annuale sulle pari opportunità per le donne e gli uomini nell'Unione europea*, 2002. Nella stessa viene riportato il caso del primo ministro finlandese *Paavo Lipponen*, che rappresenta un eccellente esempio di successo nella conciliazione della vita familiare e della vita professionale. Dopo la nascita di ciascuna delle sue due figlie, il primo ministro ha chiesto ed ottenuto 5 giorni di congedo di paternità. «Un primo ministro non è mai in vacanza. Dovevo essere costantemente rintracciabile per telefono. Ma ciò non ha disturbato l'aspetto principale, stare in famiglia. È stato il periodo più bello per tutta la famiglia, ed il mio congedo di paternità non ha avuto alcuna conseguenza negativa sulla mia carriera. Al contrario: la stampa in Spagna, in Italia, in Belgio ed in Francia – e fino ad un certo punto anche i giornali finlandesi – hanno riferito la storia del primo ministro che preferiva restare a casa con il figlio neonato mentre si svolgeva il vertice di Madrid. È stata la migliore pubblicità che la Finlandia abbia mai ricevuto. L'ho fatto per incoraggiare i padri finlandesi – e tutti i padri europei – a usufruire della possibilità di un congedo di paternità».

³⁵ Sentenza del 17 giugno 1998 in causa n. C-243/95, *Kathleen Hill e Ann Stapleton*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3739 ss.

dei compiti, la capacità di gestire il tempo nei giorni lavorativi e la riduzione dell'orario di lavoro sono alcuni temi di un crescente dibattito sulla vita lavorativa³⁶.

Il nostro Paese, così come in generale gran parte degli Stati europei, non ha predisposto una politica forte di sostegno alle famiglie: scarse sono le strutture per l'infanzia e insufficiente l'assistenza offerta. La conseguenza è che, laddove le famiglie non riescano a procurarsi i costosi servizi attraverso il ricorso al mercato, è all'interno del nucleo familiare stesso che si deve provvedere alla cura dei figli e degli anziani³⁷. A tal fine, accanto alle politiche volte a conciliare tempi di vita e di lavoro devono essere poste in essere politiche assistenziali volte a "socializzare" alcuni dei compiti di cura. Pertanto o si potrebbero sostenere economicamente le famiglie attraverso, ad esempio, il conferimento di un assegno familiare come avviene in Italia³⁸, o mediante la prestazione diretta degli stessi servizi da parte dello Stato, ad esempio tramite asili nido, con la creazione di servizi di assistenza domiciliare o con servizi di scuolabus³⁹.

La prospettiva attuale è quella di una fusione tra lavoro e famiglia: la nuova disciplina dei tempi di lavoro dovrebbe tenerne conto, favorendo il collegamento tra attività professionale e richieste educative e personali⁴⁰ e non solo le esigenze relative alla produzione perché, nelle pari opportunità, «il vero obiettivo non è un assetto paritario-egualitario in senso rigidamente statistico, ma la promozione di cambiamenti reciproci che si realizzano in un progresso permanente nelle relazioni sociali e personali»⁴¹.

Gabriella Urso

³⁶ Nella citata relazione del 1998 si dichiara che alla luce del monitoraggio dei modi in cui è organizzato l'orario di lavoro, recenti sviluppi sembrano indicare che in questo ambito si stia progredendo lentamente. Il divario fra l'orario delle donne e quello degli uomini si sta riducendo, forse perché gli orari di lavoro delle donne si stanno adeguando a quelli, più lunghi, degli uomini.

³⁷ AA.VV., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, cit. supra, nota 22.

³⁸ Sugli assegni familiari in Italia si vedano: D. GOTTARDI, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lavoro e diritto*, 1999, p. 497 ss.; L. CALAFÀ - G. GOTTARDI, *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 5 ss.; IDD., *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibili riforme*, in *Diritto del mercato del lavoro*, cit. supra, nota 29.

³⁹ Si veda V. FERRANTE in AA.VV., *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit. supra, nota 22. Inoltre, F. PANUCCIO DATTOLA, *Donna e impresa: a margine della legge 215/92*, in *Diritto del lavoro*, 1998, p. 183 ss.

⁴⁰ M. LAI, *I congedi parentali e familiari*, cit. supra, nota 27. L'autore segnala che tale tendenza è favorita dal riferimento alla c.d. «annualizzazione dell'orario», cioè ad una organizzazione del lavoro basata sul totale annuo di ore lavorative, invece che sulla ripartizione in settimane e mesi.

⁴¹ G. MERLO, *Formazione e lavoro femminile: il contributo del Fondo sociale europeo*, Milano, Franco Angeli, 1996.

BREVE RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI LIBERTÀ DI STABILIMENTO E DI LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI: ANNO 2005*

Sommario: *Premessa - 1. Libertà di stabilimento - 1.1 Negozi di ottica - 1.2 Fiscalità delle imprese - 1.3 Immatricolazione di veicoli - 1.4 Autoscuole - 2. Libera circolazione dei servizi - 2.1 Fiscalità - 2.1.1 Credito d'imposta per la ricerca - 2.1.2 Imposta comunale sulla pubblicità - 2.1.3 Imposte comunali sui piloni, tralicci e antenne di diffusione GSM - 2.2 Misura di custodia cautelare finalizzata all'espulsione di un cittadino comunitario - 3. Libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi: concessioni di servizi.*

Premessa

Con la proposta di direttiva sui servizi, ribattezzata impropriamente «direttiva Bolkestein»¹, le tematiche connesse alla libera circolazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento sono, di fatto, uscite dal recinto riservato agli addetti ai lavori comunitari ed hanno incontrato l'attenzione dei media e, quindi, di un pubblico estremamente vasto, fin nelle piazze.

Un riepilogo dell'ultimo anno di giurisprudenza comunitaria in materia è forse utile per tentare di recuperare uno dei motivi ispiratori di questa proposta di direttiva: quello di codificare in un testo normativo, quindi a carattere generale, concetti giuridici non nuovi ma elaborati dalla Corte di giustizia con riferimento a fattispecie concrete e puntuali.

* Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

¹ Dal nome del Commissario competente in seno alla Commissione Prodi, la quale ha collegialmente ed unanimemente adottato la proposta il 13 gennaio 2004 (COM(2004)2). Tale proposta, a seguito del voto in prima lettura del Parlamento europeo il 16 febbraio 2006, è stata modificata il 4 aprile 2006 (COM(2006)160) ed è stata poi oggetto di una posizione comune del Consiglio in data 24 luglio 2006.

Con questa rassegna s'intende quindi sintetizzare l'attualità giurisprudenziale della Corte nel 2005 collegandola all'attività in corso in sede legislativa, per tentare di contribuire alla comprensione di come, a livello comunitario, non solo i giudici diano applicazione alle norme ma anche queste ultime siano ispirate dai primi.

Nel 2005, la libertà di stabilimento (art. 43 CE) ha registrato sentenze rilevanti su quattro settori particolari: l'apertura e la gestione di negozi di ottica, la fiscalità, l'immatricolazione di veicoli e le scuole-guida. Dal canto suo, la libera circolazione dei servizi (art. 49 CE) ha visto un nutrito numero di pronunce di rilievo soprattutto in ambito fiscale. Infine, vanno rilevate un paio di sentenze riguardanti le concessioni di servizi, fondate congiuntamente sugli artt. 43 e 49.

1. Libertà di stabilimento

1.1 Negozi di ottica

Una sentenza che non ha forse avuto notevole risalto ma che è una delle più significative del 2005, soprattutto per gli sviluppi rilevanti che può ingenerare in altri settori di acuta rilevanza socio-economica, quali le farmacie, è quella del 21 aprile 2005 in causa n. C-140/03, *Commissione c. Grecia*², in materia di negozi di ottica.

Frutto di un'infrazione avviata dalla Commissione contro la Grecia nel 1998 (a conferma di una durata non proprio esigua della procedura di cui all'art. 226 CE), la pronuncia in questione ha sancito l'incompatibilità con la libertà di stabilimento della legislazione greca che imponeva:

- a. nei confronti delle persone fisiche il limite di titolarità di un unico negozio di ottica (violazione dell'art. 43 CE),
- b. nei confronti delle persone giuridiche (infrazione agli artt. 43 e 48),
 - l'obbligo di rilascio dell'autorizzazione di apertura e gestione di un negozio esclusivamente ad un ottico persona fisica,
 - il vincolo di partecipazione maggioritaria di detta persona fisica al capitale sociale nonché ai profitti ed alle perdite della società,
 - la possibilità per lo stesso ottico di partecipare a non più di un'altra società proprietaria di un negozio di ottica (la cui autorizzazione sia stata peraltro rilasciata comunque ad un altro ottico persona fisica).

Seguendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, la Corte ha dato riscontro positivo al ricorso della Commissione, che aveva eccepito il carattere ini-

² In *Raccolta*, 2005, I, p. 3177 ss.

doneo e comunque sproporzionato della normativa greca per la tutela degli obiettivi di salute pubblica invocati dal Governo convenuto.

Sul piano generale, la Corte ha ribadito anzitutto, ove ancora allignassero dubbi, che è ormai pacifico in giurisprudenza che il carattere indiscriminato di una normativa nazionale, quale appunto quella greca, non basta a proteggerla da censure di incompatibilità con la libertà di stabilimento, dal momento che «l'art. 43 CE osta ad ogni provvedimento nazionale che, pur se applicabile senza discriminazioni in base alla nazionalità, possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, della libertà di stabilimento» (punto 27).

In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno bocciato la linea difensiva del Governo greco tesa a giustificare le restrizioni suddette per «salvaguardare una relazione personale di confidenza all'interno del negozio di vendita di articoli ottici, nonché una responsabilità illimitata e assoluta dell'ottico, gestore o proprietario del negozio, in caso di errore», per cui «soltanto l'ottico, professionista specialista, che partecipi personalmente alla gestione del proprio negozio senza disperdere le sue forze fisiche e mentali nella gestione di più negozi garantirebbe il risultato perseguito» (punto 31); una tesi greca fondata cioè sull'obiettivo, dettato da ragioni di protezione della sanità pubblica, «di preservare il contatto personale dell'ottico con il suo cliente e d'imporre una responsabilità totale e illimitata degli ottici», evitando in tal modo «il rischio di commercializzazione completa dei negozi di articoli ottici» (punto 33).

Il giudizio della Corte, per quanto piuttosto conciso (e condensato nel solo punto 35), si rivela particolarmente interessante. Nel momento in cui, infatti, afferma che l'obiettivo suddetto «può essere raggiunto attraverso misure meno restrittive della libertà di stabilimento sia delle persone fisiche sia delle persone giuridiche» fornisce anche degli esempi alternativi di obblighi meno vincolanti, quali:

- «il requisito della presenza di dipendenti o soci che siano ottici diplomati in ogni negozio di ottica» o
- «norme applicabili in materia di responsabilità civile per fatto altrui, nonché norme che impongano un'assicurazione di responsabilità professionale».

Queste considerazioni rappresentano forse l'aspetto più interessante della sentenza in quanto appaiono rilevanti non solo per il caso di specie, riguardante i negozi di ottica e la legislazione greca in causa, bensì anche, *mutatis mutandis*, altre legislazioni nazionali simili vigenti in altri settori caratterizzati da vincoli affini: *in primis*, le farmacie.

Come noto, infatti, un certo numero di Stati membri dell'UE impone vincoli in materia di proprietà/titolarità/gestione della farmacie, riservata ai soli farmacisti persone fisiche, nonché limiti alla titolarità di più di una farmacia. Considerato che le argomentazioni (di tutela della salute pubblica) invocate in

tale ambito sono assimilabili a quelle del caso greco in esame, pare ipotizzabile applicare, per analogia, lo stesso ragionamento critico sviluppato dalla Corte.

In altre parole, così come nella sentenza greca la Corte ha censurato l'esclusione di non-ottici dalla titolarità di negozi di ottica, facendo valere che, ad esempio, la presenza fisica di un professionista ottico, in ogni singolo negozio, sarebbe sufficiente a garantire un corretto contatto con il cliente ed un'appropriate informazione dello stesso, senza per questo arrivare ad una riserva a favore degli ottici o a vincoli circa il numero di esercizi in capo alla stessa persona, parimenti si può ritenere che l'esclusione dei non-farmacisti dalla gestione di una farmacia o gli altri vincoli summenzionati potrebbero risultare contrari all'art. 43, in quanto la presenza fisica ed il ruolo attivo di un farmacista in un esercizio (ma non necessariamente la sua proprietà) sarebbero sufficienti ai fini della tutela della salute pubblica.

Dato il suo carattere innovativo e la sua attualità, una sentenza quale quella sugli ottici in Grecia può quindi, in prospettiva futura, assumere notevole rilievo in particolare per la legislazione del nostro Paese, alla luce del comunicato stampa che attesta della procedura d'infrazione e del conseguente ricorso da parte della Commissione nei confronti dell'Italia riguardante la legislazione nazionale in materia di farmacie, per la ragione, tra le altre, del divieto nei confronti delle persone fisiche che non possiedono il diploma di farmacista o delle persone giuridiche non composte da farmacisti di detenere farmacie private³.

Un'ultima annotazione in merito alla causa n. C-140/03 riguarda il fatto che, ancora una volta, la Corte respinge l'imposizione legislativa di una determinata tipologia di società in un dato ambito economico. Così come già rilevato nella giurisprudenza precedente⁴, a meno che uno Stato non riesca a giustificarne l'esistenza, questo tipo di vincoli sociali, in quanto restrizione ad una libertà fondamentale, non sono considerati ammissibili dalla Corte.

È peraltro proprio agganciandosi alla giurisprudenza anteriore della Corte che la proposta di direttiva sui servizi, benché non imponga *ipso facto* la soppressione delle tipologie di restrizioni esaminate nella causa n. C-140/03, prevede cionondimeno, all'art. 15, che il tipo di prescrizioni cassate in tale sentenza sia oggetto di valutazione di compatibilità con il diritto comunitario.

³ Cfr. IP/06/858.

⁴ Cfr. sentenza «fiere» (del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, punto 32, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 ss. e in questa *Rivista*, 2002, p. 261 ss. con commento di S. D'ACUNTO, *La sentenza della Corte di giustizia contro l'Italia in materia di fiere: un dossier complesso, tuttora aperto*, p. 269 ss.) o «sicurezza privata Portogallo» (del 29 aprile 2004 in causa n. C-171/02, *Commissione c. Portogallo*, punti 41-44, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5645) in cui la Corte ha censurato l'obbligo imposto rispettivamente ad organizzatori di fiere e ad imprese di sicurezza privata di possedere una particolare forma o *status* giuridico (quali ad esempio l'assenza di fine di lucro o l'obbligo di essere persone giuridiche).

Si tratta in particolare:

- del vincolo nei confronti delle persone fisiche di essere titolare di un unico stabilimento nazionale (art. 15, comma 2, lett. *e.*), come appunto un negozio di ottica: «Gli Stati membri valutano (...) il divieto di disporre di più di una sede sul territorio nazionale»⁵,

- dell'obbligo, per quanto concerne le persone giuridiche, di rilascio dell'autorizzazione di apertura e gestione di un negozio (ad esempio, di ottica) esclusivamente ad una persona fisica (un ottico) nonché del vincolo della partecipazione maggioritaria di detta persona fisica al capitale sociale (art. 15, comma 2, lett. *c.*): «Gli Stati membri valutano (...) le prescrizioni relative alla detenzione del capitale di una società»;

- del divieto per lo stesso persona fisica di partecipare a più di un'altra società proprietaria di un negozio dello stesso tipo (art. 30, comma 1: «Gli Stati membri provvedono affinché i prestatori non siano soggetti a prescrizioni che li obblighino ad esercitare esclusivamente una determinata attività o che limitino l'esercizio congiunto o in associazione di attività diverse»; comma 4: «Gli Stati membri precisano i prestatori soggetti alle prescrizioni di cui al comma 1, il contenuto delle prescrizioni e le ragioni per le quali le ritengono giustificate»).

In sostanza, il legislatore comunitario prevede in futuro di andare molto meno lontano di quanto già oggi il giudice comunitario imponga e vieti. Si tratta di un esempio lampante di come a livello giurisdizionale si compiano spesso passi più audaci che sul piano legislativo.

1.2 *Fiscalità delle imprese*

Nella sentenza del 13 dicembre 2005 in causa n. C-446/03, *Mark and Spencer*⁶, la Corte ha fornito indicazioni importanti sulla questione delicata del diritto a deduzione delle perdite di una società controllata non residente nello stesso Paese membro della società madre.

In sostanza, la Corte ha stabilito che il principio generale sia quello dell'esclusione di tale meccanismo di sgravio di gruppo a meno che non intervengano due condizioni (cumulative): *a.* che la controllata non residente abbia esaurito la possibilità che le perdite accumulate siano prese in considerazione nello Stato di residenza, nell'ambito dell'esercizio fiscale considerato o di quelli precedenti (mediante per esempio il trasferimento delle perdite ad un terzo oppure imputandole ai profitti realizzati durante gli esercizi fiscali precedenti); *b.* che le perdite della controllata estera non possano neanche essere prese in con-

⁵ Va rilevato che la proposta di direttiva sui servizi mette invece al bando i divieti di disporre di più di un solo stabilimento non all'interno di un singolo Paese ma in diversi Stati membri (art. 14, comma 2; cfr. *infra*, punto 1.4.).

⁶ Non ancora pubblicata in *Raccolta*.

siderazione, sempre nello Stato di residenza, per gli esercizi fiscali futuri.

Ciò premesso, la Corte giunge quindi alla conclusione che una normativa come quella inglese che esclude in ogni caso la facoltà per una società controllante di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite accumulate dalla società controllata non residente (laddove invece riconosce tale beneficio alle società controllate residenti) è contraria agli artt. 43 e 48 CE.

In altre parole, deve essere lasciata alla società controllante la possibilità di invocare tale diritto alla deduzione fiscale, per quanto incomba evidentemente alla stessa l'onere di provare che le due condizioni di cui sopra siano soddisfatte.

Attraverso questa costruzione alquanto articolata, la Corte fissa un equilibrio tra, da un lato, l'esigenza di evitare discriminazioni e, dall'altro, l'ammissibilità di disparità di trattamento fiscale oggettivamente giustificate nella fattispecie da tre ordini di considerazioni:

- salvaguardare un'equilibrata ripartizione di competenze del potere impositivo tra i vari Stati membri (addivenendo in tal modo ad un trattamento simmetrico di profitti e perdite, definite dalla Corte come «due facce della stessa medaglia» in materia tributaria, punto 43);

- evitare il rischio che le perdite siano fatte valere due volte dalla società controllante, qualora esse fossero prese in considerazione nello Stato membro di quest'ultima,

- scongiurare il pericolo di evasione fiscale, di nuovo qualora le perdite non fossero prese in considerazione nello Stato della controllata; in altre parole sarebbe concreta la prospettiva, se la regola non fosse di escludere la deduzione delle perdite della società controllata estera, che in seno ad un gruppo si organizzassero trasferimenti di perdite proprio sulle società controllate residenti in Stati membri con i tassi d'imputazione maggiori, con la prospettiva quindi di godere di un maggior valore fiscale delle perdite.

Tuttavia la Corte, nell'ammettere la (triplice) giustificazione e l'idoneità degli obiettivi della normativa britannica a perseguirla, la censura sul piano della proporzionalità del metodo: l'esclusione radicale ed assoluta di ogni ipotesi di sgravio, infatti, «eccede quanto necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti» (punto 55).

Una certa qual tradizionale prudenza della giurisprudenza della Corte in ambito tributario (cfr. *infra*) è insomma confermata anche in questa sentenza. Essa infatti si premura di precisare che «per quanto sia possibile identificare altre misure meno restrittive, misure siffatte necessitano comunque di regole di armonizzazione adottate dal legislatore comunitario» (punto 58), non senza avere peraltro rilevato che, ad ogni modo, «gli Stati membri restano liberi di adottare o mantenere in vigore norme aventi l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo sia quello di eludere la normativa fiscale nazionale» (punto 57).

1.3 Immatricolazione di veicoli

Connesso al tema della fiscalità, è quello, affrontato nella sentenza del 15 dicembre 2005 in cause riunite n. C-151/04, *Nadin*, e n. C-152/04, *Durré*⁷, dell'obbligo, penalmente sanzionato, d'immatricolazione in uno Stato membro (nella fattispecie il Belgio), da parte di soggetti che vi risiedono, di veicoli aziendali messi a loro disposizione da parte di società stabilite in un altro Stato membro, per le quali detti soggetti lavorano.

In precedenza, la Corte aveva già sottolineato l'incompatibilità con la libera circolazione dei lavoratori (art. 39 CE) di una normativa di uno Stato membro che imponesse ad un lavoratore residente l'obbligo d'immatricolazione di un veicolo aziendale messo a disposizione dal datore di lavoro stabilito in un altro paese membro⁸.

Il valore innovativo della sentenza *Nadin* risiede nel fatto che la Corte è giunta ad applicare questo stesso ragionamento nei confronti dell'art. 43 del Trattato, quando cioè manchi un nesso di subordinazione tra il soggetto che utilizza un veicolo e la società di appartenenza (posto che è l'elemento del vincolo di subordinazione che determina l'applicazione, a seconda dei casi, della libera circolazione dei lavoratori oppure della libertà di stabilimento, appannaggio degli operatori economici non subordinati). In sostanza, la Corte ribadisce la parificazione giuridica delle due libertà: ne deriva che una misura nazionale che sia oggetto di censura giurisdizionale alla luce di una delle due libertà è in linea di principio incompatibile anche con l'altra.

Nel caso in esame, la Corte ha ammesso, per ipotesi, la possibilità per lo Stato di residenza dell'utilizzatore di assoggettare un veicolo all'immatricolazione se questo sia destinato ad esservi essenzialmente utilizzato in via permanente o se di fatto vi venga impiegato in tal modo (punto 41). La Corte rigetta, invece, argomentazioni fondate su una presunzione generale di abuso, sull'esigenza d'identificazione certa del proprietario (in quanto in tutti i Paesi membri esiste un sistema d'immatricolazione atto a garantirlo) o ancora su obiettivi di sicurezza stradale (considerato che la direttiva n. 96/96/Ce prescrive il riconoscimento di attestati di controllo tecnico dei veicoli) o di tutela ambientale, i quali peraltro non sono alla base della normativa belga contestata⁹.

⁷ Non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁸ Sentenza del 15 settembre 2005 in causa n. C-464/02, *Commissione c. Danimarca*, punto 36, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7929 ss.

⁹ Va rilevato che la questione dell'immatricolazione non è affrontata nel capitolo relativo allo stabilimento nella direttiva servizi ma soltanto in quello riguardante la libera circolazione dei servizi (non applicazione del principio del Paese d'origine - previsto nella proposta originaria all'art. 16 e poi rimosso nella proposta modificata - all'immatricolazione dei veicoli presi in *leasing* in un altro Stato membro, art. 17, comma 19 poi divenuto 14). È chiaro però che con la citata sentenza *Nadin*, la Corte ha circoscritto la possibilità non solo dello Stato di stabilimento ma anche (e a

1.4 Autoscuole

Si tratta non di una sentenza ma di una semplice ordinanza ed è forse per questo ancora più interessante citarla: in data 2 dicembre 2005, nella causa n. C-117/05, *Seidl*¹⁰, con un simile provvedimento semplificato, la Corte ha, in pratica, liquidato come manifestamente incompatibile con l'art. 43 CE, alla luce di una giurisprudenza ormai consolidata, il divieto di cumulo di più autorizzazioni per l'esercizio di una data attività economica. Nella fattispecie si trattava di un rifiuto da parte delle autorità austriache di concedere il permesso di creare un'autoscuola ad un soggetto intenzionato ad essere titolare di un altro esercizio in un altro Stato membro. Benché non-discriminatorio, un simile rifiuto ostacola la possibilità, espressamente riconosciuta dalla Corte fin dal 1984¹¹ di disporre di più di un centro professionale nel territorio comunitario.

Nel rigettare l'argomentazione austriaca secondo cui tale divieto di cumulo di autorizzazioni sarebbe volto a garantire che il proprietario di un'autoscuola possa dedicare più della metà del tempo della propria capacità di lavoro ad un'unica autoscuola, la Corte, senza peraltro neanche entrare nel merito ma rifacendosi semplicemente ai punti 34 e 35 della sentenza riguardante la Grecia in materia di negozi di ottica (cfr. *supra*, par. 1.1), evoca l'esistenza di misure meno restrittive.

Di nuovo, perciò, viene confermata l'idea avanzata dalla Commissione all'art. 14, comma 2, della proposta sui servizi di vietare ogni divieto per un operatore economico di «avere il proprio stabilimento in diversi Stati membri».

2. Libera circolazione dei servizi

2.1 Fiscalità

Nel 2005, la Corte ha pronunciato delle sentenze non particolarmente innovative ma comunque interessanti circa l'applicazione dell'art. 49 nei confronti di misure fiscali nazionali. Tentando una sintesi, se ne può concludere che viene confermata una giurisprudenza tradizionalmente volta a sanzionare eminentemente le misure nazionali tributarie che abbiano un effetto, direttamente o indirettamente, discriminatorio, lasciando di converso impregiudicate quelle indistintamente applicabili.

maggior ragione) di quello della prestazione di servizi di un operatore di applicare le proprie regole nazionali ai fini dell'immatricolazione di veicoli registrati all'estero.

¹⁰ Non pubblicata in *Raccolta*.

¹¹ Sentenza del 12 luglio 1984 in causa n. 107/83, *Klopp*, punto 19, in *Raccolta*, 1984, p. 2971 ss.

È un orientamento confermato dalle tre sentenze (tutte a titolo d'interpretazione pregiudiziale) richiamate qui appresso in materia di credito d'imposta per la ricerca, d'imposta comunale sulla pubblicità e di imposte comunali sui piloni, sui tralicci e sulle antenne di diffusione per GSM.

2.1.1 *Credito d'imposta per la ricerca*

Nella sentenza del 25 marzo 2005 in causa n. C-39/04, *Laboratoires Fournier*¹², la Corte ha sancito l'incompatibilità con la libera circolazione dei servizi di una normativa francese che istituiva un meccanismo d'imposta a favore di un'impresa per le sole attività di ricerca da questa svolte sul territorio nazionale, ad esclusione quindi delle azioni e degli incarichi di ricerca affidati ad istituti con sede in altri Stati membri.

L'incompatibilità con l'art. 49 scaturisce, in linea con una giurisprudenza peraltro già chiara in merito¹³, dal fatto che un regime fiscale del genere, «diverso a seconda che essa [l'attività] venga svolta in altri Stati membri o nello Stato membro interessato», «comporta una disparità di trattamento basata sul luogo di esecuzione della prestazione di servizio» (cfr. punti 15 e 16). In questo modo, tali disposizioni «sono contrarie all'art. 49 CE in quanto fondate, ancorché indirettamente, sul luogo di stabilimento del prestatore di servizi e sono quindi atte a restringere le attività internazionali di quest'ultimo» (punto 18).

La Corte ha respinto gli argomenti francesi tanto della coerenza del sistema fiscale quanto della promozione della ricerca e dello sviluppo come giustificazioni pertinenti nel caso di specie.

Il primo in quanto, contrariamente ad altre (rare) pronunce in cui la coerenza del sistema fiscale era stata una giustificazione accolta dalla Corte, nella fattispecie non sussiste un nesso diretto, in capo allo stesso contribuente, tra la facoltà di godere del beneficio fiscale in questione e l'imposta generale cui tale operatore è soggetto (punti 20-21).

Il secondo perchè la legislazione francese, lungi dal trovare fondamento nell'art. 163 del Trattato che enuncia la politica comunitaria nel settore della ricerca e dello sviluppo, è in realtà contraddittoria proprio con la medesima disposizione. L'art. 163, comma 2, afferma infatti che la CE «sostiene [gli] sforzi di cooperazione [delle imprese], mirando soprattutto a permettere [alle stesse] di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno grazie in particolare, (...) all'eliminazione degli ostacoli giuridici e fiscali a detta cooperazione». Sottinteso: una misura nazionale come quella censurata è proprio un esempio di quegli ostacoli giuridico-fiscali evocati dall'art. 163, comma 2, del Trattato che devono essere eliminati!

¹² In *Raccolta*, 2005, I, p. 2057 ss.

¹³ Cfr. sentenza del 28 ottobre 1999 in causa n. C-55/98, *Vestergaard*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7641 ss.

Ciò che però preme sottolineare al riguardo è che, con questa sentenza, la «promozione della ricerca e dello sviluppo» (R&D) per le imprese fa il suo ingresso nel novero dei c.d. motivi imperativi d'interesse generale atti potenzialmente a giustificare restrizioni all'art. 49.

La Corte conclude la sua sentenza riconoscendo (in linea ancora una volta con una giurisprudenza in materia fiscale più cauta rispetto all'orientamento generale relativo all'art. 49) che l'efficacia dei controlli fiscali può certamente rappresentare una valida giustificazione nei confronti di una libertà fondamentale come la libera circolazione dei servizi ma non fino al punto, come nel caso francese in esame, di escludere *a priori* e *in toto* che il contribuente possa produrre adeguati documenti probatori circa l'esistenza e l'effettiva natura delle spese per le attività di ricerca sostenute in altri Stati membri e non in Francia.

Il contenuto di questa sentenza è un'illustrazione pratica esemplare di quanto contemplato dal principio generale contenuto dall'art. 20, lett. *b*. della proposta originaria di direttiva sui servizi che vietava la possibilità per gli Stati membri d'imporre «limiti alle possibilità di deduzione fiscale [...] in funzione del luogo di esecuzione della prestazione (...)». Nella fattispecie, infatti, la società Laboratoires Fournier, in lite con il Ministero francese dell'economia, delle finanze e dell'industria, è stata dissuasa, in quanto destinataria di servizi, dall'affidare determinate attività di ricerca ad istituti stabiliti in altri Stati membri, i quali avrebbero svolto attività transfrontaliere come prestatori di servizi. Il regime francese censurato, al contempo, prevedeva regole differenziate a seconda del luogo di prestazione. Il risultato, preso sul piano soggettivo (degli attori) o oggettivo (dell'attività in sé), è quello di ostacolare le operazioni condotte in altri Stati, in palese contraddizione con le libertà (e lo spirito) del mercato interno.

Purtroppo, però, in ragione dell'esclusione totale della fiscalità, su richiesta congiunta del Parlamento europeo e del Consiglio, simile disposizione non figura più nella (proposta di) direttiva sui servizi¹⁴. Sarà quindi solo lo strumento giurisdizionale e non legislativo a poter essere adoperato per svellere di volta in volta simili comportamenti da parte degli Stati, anche a costo di una strenua ripetizione di procedure e pronunce di portata analoga su casi simili, al limite anche riguardanti uno stesso Stato membro.

2.1.2 *Imposta comunale sulla pubblicità*

La sentenza del 17 febbraio 2005 in causa n. C-134/03, *Viacom Outdoor*¹⁵, non è particolarmente innovativa ma aiuta a comprendere l'approccio della Cor-

¹⁴ Vedi art. 2, comma 3, della proposta modificata di direttiva (cfr. *supra*, nota 1).

¹⁵ In *Raccolta*, 2005, I, p. 1167.

te in materia di valutazione delle misure fiscali alla luce dell'art. 49 CE.

In sostanza, i giudici di Lussemburgo sono arrivati alla conclusione che la normativa italiana (decreto legislativo n. 507/93) che istituisce l'imposta comunale sulla pubblicità e segnatamente sui servizi di affissione non è incompatibile con la libera circolazione dei servizi in quanto risulta neutra: non fa cioè distinzioni né sul piano soggettivo, in funzione del luogo di stabilimento del prestatore o del destinatario (come nella citata causa n. C-39/04), né sul piano oggettivo, in base al luogo di origine del prodotto o dei servizi. In aggiunta alla natura indistintamente applicabile del tributo, la Corte rileva poi l'importo «*modesto*» derivante dall'imposta. Al tirar delle somme, sembra che la Corte, pur senza affermarlo in termini espliciti, non riconosca neanche la natura di restrizione vera e propria al provvedimento in oggetto. Ciò scaturisce dalla seguente affermazione al punto 38: «In tale contesto, la riscossione di un'imposta non è comunque idonea a vietare, ostacolare o rendere altrimenti meno allettanti le prestazioni di servizi pubblicitari che devono essere effettuate nel territorio dei comuni interessati, compreso il caso in cui tali prestazioni abbiano carattere transfrontaliero (...)». Simile orientamento a limitare la portata dell'art. 49 in ambito fiscale, e segnatamente a non riconoscere facilmente l'incompatibilità con la libera circolazione dei servizi d'imposte indistintamente applicabili è ulteriormente rafforzata nella sentenza *Mobistar*, di solo qualche mese dopo.

2.1.3 Imposte comunali sui piloni, tralicci e antenne di diffusione GSM

Anche la sentenza dell'8 settembre 2005 in cause riunite n. C-544/03 e n. C-545/03, *Mobistar e Belgacom Mobile*¹⁶, ha avuto ad oggetto un'imposta indistintamente applicabile, cioè di tipo non discriminatorio sia rispetto agli operatori che riguardo ai servizi (nazionali o stranieri): quella di circa 2.500 euro applicata da alcuni comuni belgi ad ogni singola struttura di trasmissione di telefonia mobile per GSM (pilone, traliccio, antenna, ecc.).

Pure questa pronuncia conferma la tendenza giurisprudenziale a circoscrivere la portata concreta dell'applicazione dell'art. 49 in materia fiscale.

Se da un lato, infatti, la Corte ribadisce dei principi generali (che la materia delle imposte, pur non rientrando nelle competenze della CE, deve essere comunque esercitata dagli Stati membri nel rispetto del diritto comunitario; che tale limite s'impone non solo ai provvedimenti statali ma anche, come nella fattispecie, a quelli di enti locali; che il divieto generale di cui all'art. 49 CE si applica a qualsiasi restrizione, discriminatoria o meno), all'atto pratico, tuttavia, conclude che «nulla nel fascicolo lascia intravedere che l'effetto cumulativo delle imposte locali comprometta la libera prestazione di servizi di

¹⁶ In *Raccolta*, 2005, I, p. 7723.

telefonia mobile tra gli altri Stati membri e il Regno del Belgio».

Come nel caso della succitata sentenza sull'imposta comunale sulla pubblicità, sembra che la Corte, pur senza affermarlo chiaramente, voglia far intendere che la misura fiscale sotto esame, di fatto, non costituisce neanche una restrizione. Il che spiegherebbe perché la Corte non analizza neanche la giustificazione e la proporzionalità della stessa misura.

Questa idea di un'assenza di incidenza sul funzionamento del mercato interno sembra peraltro confermata dai punti della sentenza nei quali si esprime il concetto per cui l'art. 49 osta all'applicazione solo delle normative nazionali (sottinteso: fiscali) che rendono la prestazione transfrontaliera più ardua di quelle meramente interne (punto 30) o che l'art. 49 non contempla misure il cui solo effetto sia quello di produrre costi supplementari per un'attività economica (punto 31) o che i tributi comunali in esame sono indistintamente applicabili e non colpiscono, né in diritto né di fatto, gli operatori stranieri in modo più pesante di quelli nazionali (punto 32).

La conclusione per cui l'art. 49 «*non osta*» all'imposta comunale andrebbe quindi letta come equivalente all'espressione: l'art. 49 «non si applica».

Siamo evidentemente ben lontani da altre pronunce in cui, al contrario, la Corte ha ravvisato la pertinenza, l'applicabilità e anche la violazione dell'art. 49 nei confronti di misure nazionali indistintamente applicabili, a prescindere dall'impatto transfrontaliero effettivo (indipendentemente cioè dal risultato di rendere la prestazione transfrontaliera più difficoltosa di quella interna), sulla base di una portata restrittiva puramente potenziale, addirittura in presenza di un conflitto tra soggetti nazionali, senza quindi alcun elemento transfrontaliero nel caso di specie¹⁷. Va ribadito ancora una volta, però, che si trattava di sentenze in ambito non fiscale.

Un'ultima annotazione riguarda infine i rapporti tra questa sentenza relativa alle antenne GSM e quella sulle antenne paraboliche televisive del 2001¹⁸.

Per quanto entrambe contemplate da regolamenti di comuni belgi (talora nel medesimo atto), va infatti segnalato che queste due imposte sono state giudicate in modo antitetico dalla Corte: la sentenza del 2001 ha infatti riconosciuto l'incompatibilità con l'art. 49 della tassa sulle antenne paraboliche. Questo proprio perché, al contrario di quella sui tralicci GSM, la tassa sulle antenne paraboliche (peraltro di pura ricezione e non di trasmissione come nel

¹⁷ Cfr., tra le altre pronunce, l'ordinanza del 17 febbraio 2005 in causa n. C-250/03, *Mauri*, punto 21, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1267 ss.: «si deve rilevare che una soluzione può tuttavia risultare utile al giudice del rinvio, in particolare nell'ipotesi in cui il suo diritto nazionale imponga, in un procedimento come quello in esame, di far beneficiare un cittadino italiano degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro nella medesima situazione».

¹⁸ Sentenza del 29 novembre 2001 in causa n. C-17/00, *De Coster*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9445 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 81.

caso dei GSM) aveva un effetto non solo restrittivo ma anche discriminatorio nei confronti: degli operatori satellitari (rispetto ai cablodistributori stabiliti in Belgio), delle reti televisive straniere (trasmesse via satellite rispetto a quelle belghe ricevute per via terrestre o via cavo), degli spettatori stranieri residenti in Belgio (maggiormente interessati a ricevere i canali via satelliti e quindi particolarmente penalizzati rispetto agli utenti belgi)¹⁹.

2.2 Misura di custodia cautelare finalizzata all'espulsione di un cittadino comunitario

La Corte di Lussemburgo si è pronunciata il 17 febbraio 2005 in causa n. C-215/03, *Oulane*²⁰, sulla compatibilità con l'art. 49 CE di un provvedimento di custodia cautelare finalizzata all'espulsione di un cittadino comunitario (poi rivelatosi francese), adottato dalle autorità olandesi in attuazione della legge sugli stranieri, a causa della mancata esibizione di un documento di identità.

La sentenza è un'interessante *summa* della giurisprudenza relativa ai rapporti tra la libera circolazione dei servizi, vista dal lato dei destinatari di servizi che si dislocano da uno Stato membro all'altro, e il loro diritto d'ingresso e di soggiorno nel paese di accoglienza.

Ribadito che il rilascio di un permesso di soggiorno non è condizione costitutiva del diritto al soggiorno ma semplice atto (dichiarativo) di riconoscimento di tale diritto derivante al cittadino comunitario che sia destinatario di servizi, la Corte ha aggiunto che uno Stato ospitante può tuttavia subordinare il rilascio del permesso di soggiorno all'esibizione di un documento. Essa precisa nondimeno che sono vietati trattamenti discriminatori in merito. Uno Stato ospitante non può ad esempio esigere da uno straniero che questi disponga di una carta d'identità o di un passaporto (che equivalgono ad un documento di soggiorno) mentre invece consente ad un nazionale di dimostrare

¹⁹ Da segnalare che non solo il Belgio ma, più recentemente, anche Malta aveva prima introdotto e poi, a seguito di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione, abrogato la tassa sulle antenne paraboliche. È curioso notare che mentre nel caso belga tale tassa era prevista da regolamenti comunali (cfr. comunicati stampa IP/99/281 del 30 aprile 1999 e IP/00/237 del 9 marzo 2000 della Commissione europea), a Malta essa era invece imposta da una normativa nazionale (IP/05/1288 del 17 ottobre 2005). Ovviamente nell'uno come nell'altro caso si trattava di provvedimento comunque imputabile allo Stato in quanto tale, a prescindere dall'atto e dall'istituzione all'origine della tassa.

Va rilevato, al riguardo, che proprio per stroncare questo genere di ostacoli alla ricezione di servizi da parte dell'utente, la proposta di direttiva sui servizi prevedeva espressamente (art. 20, lett. c.) il divieto per gli Stati membri di «imporre al destinatario prescrizioni che restringano l'utilizzazione di un servizio fornito da un prestatore che ha il proprio stabilimento in un altro Stato membro, in particolare: (...) c. l'imposizione al destinatario di imposte discriminatorie o sproporzionate sull'attrezzatura necessaria per ricevere un servizio a distanza proveniente da un altro Stato membro». Si tratta tuttavia di una disposizione soppressa a seguito dell'esclusione sia della fiscalità che dei servizi audiovisivi dal campo di applicazione della proposta.

²⁰ In *Raccolta*, 2005, I, p. 1215 ss.

la propria identità e cittadinanza anche con altri mezzi (si può pensare ad altri documenti o a banche-dati a disposizione delle autorità). Parimenti, configura una disparità di trattamento, vietata dall'art. 49 CE, esigere dagli stranieri di recare sempre con sé un documento d'identità allorquando ciò non venga imposto ai cittadini dello stesso Stato (tale obbligo si può invece imporre ai primi se anche i secondi vi sono tenuti). In caso, poi, di violazione degli obblighi (legittimamente) prescritti da uno Stato, la Corte ha reiterato il concetto (già espresso nella sentenza *Calfa*²¹) secondo cui delle misure di arresto o di espulsione pregiudicano la sostanza stessa del diritto di soggiorno e sono quindi manifestamente sproporzionate rispetto ad un'infrazione di relativa gravità: il fatto cioè di non adempiere le formalità di legge relative all'ingresso e al soggiorno di stranieri non costituisce di per sé una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblici ed è pertanto un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione dei servizi, per quanto – ha precisato la Corte – incomba all'interessato apportare la prova (seppur con ogni mezzo, vedi *supra*) della regolarità del suo soggiorno.

La Corte, infine, non è sembrata annettere grande importanza al fatto che il soggetto non abbia fatto valere esplicitamente il proprio *status* di destinatario di servizi (in particolare in quanto turista, cfr. punto 46). Pur senza sviluppare chiaramente questo passaggio, la Corte pare quindi aver sottinteso che destinatari di servizi lo si è anche inconsciamente e che perciò ne conseguono per l'interessato i relativi diritti (e oneri) in modo praticamente automatico e non su richiesta espressa.

Se la (proposta di) direttiva sui servizi (art. 17, comma 8) lascia impregiudicate le misure che gli Stati membri sono autorizzati, dallo stesso diritto comunitario vigente peraltro (cfr. direttiva n. 2004/38/Ce), ad adottare in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'UE e dei loro familiari, con questa sentenza la Corte ha definito più chiaramente la cornice all'interno della quale le autorità nazionali possono imporre controlli ed altre restrizioni nei confronti di prestatori o (come nella fattispecie) di destinatari di servizi.

3. Libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi: concessioni di servizi

In due sentenze del 2005, rispettivamente del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, e del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*²², la Corte compendia la propria giurisprudenza in materia di concessioni

²¹ Sentenza del 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, in *Raccolta*, 1999, I, p. 11 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 73.

²² In *Raccolta*, 2005, I, rispettivamente p. 7287 ss. e p. 8612 ss. e in questa *Rivista*, 2005, p. 685 ss. con commento di A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessione di servizi*, p. 693 ss.

di servizi (già oggetto di una comunicazione interpretativa²³).

Nei due casi, riguardanti rispettivamente l'attribuzione della gestione della distribuzione e della manutenzione degli impianti di gas metano nonché l'aggiudicazione della gestione di parcheggi, la Corte ribadisce che uno Stato deve mettere ogni società interessata in condizione di partecipare ad una simile concessione, garantendole informazione preventiva, a monte della procedura, e parità di trattamento, a valle.

È interessante notare che questo concetto di parità di trattamento travalica il mero rispetto del divieto di discriminazione in base alla nazionalità: il secondo in effetti è solo un'espressione parziale del primo principio, il quale assume una portata più ampia dal momento che mira a consentire a tutti i soggetti interessati di partecipare ad una selezione volta all'ottenimento di un titolo autorizzatorio allo svolgimento di una particolare attività, in base alle «stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità».

In altre parole, risulta vietato operare una disparità di trattamento non solo tra operatori di diversa nazionalità ma anche tra soggetti dello stesso Paese. L'esistenza di una controversia tra due parti in causa aventi la medesima nazionalità non toglie perciò rilevanza comunitaria alla contesa: sussiste infatti l'esigenza di preservare l'interesse (che non può escludersi *a priori*) d'impresa di altri Stati membri a partecipare alla competizione, evitando che la loro partecipazione sia inesorabilmente preclusa dall'assenza di qualsiasi pubblicità e apertura alla concorrenza.

Premessa ineludibile per il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (che formano in tale contesto un tutt'uno) è quindi l'obbligo di predisposizione di una gara in capo alle autorità dello Stato che intenda attribuire una concessione di pubblici servizi²⁴.

Per quanto la proposta di direttiva sui servizi non intervenga direttamente sulla materia delle concessioni di servizi in quanto tali, potrà cionondimeno introdurre delle importanti novità anche in tale ambito. L'art. 12 impone infatti che, nelle ipotesi in cui «il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili» (si tratta ad esempio di ipotesi di attività di servizi quali l'attribuzione di concessioni di produzione idroelettrica), gli Stati membri debbano predisporre una procedura di selezione tra i candidati

²³ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (*Guce* n. C 121 del 29 aprile 2000).

²⁴ Questione connessa ma distinta è poi quella, pur affrontata nella sentenza *Brixen*, della inapplicabilità dei principi derivanti dagli artt. 43 e 49 alle situazioni in cui si verificano cumulativamente le due condizioni che un ente concessionario sia sottoposto a controllo da parte dell'autorità pubblica concedente analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e che il detto ente realizzi la maggior parte delle sue attività con l'autorità detentrici (punti 62 ss.).

potenziali che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza. Ne deriva una serie di obblighi procedurali precisi quali un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura, il rilascio per una durata limitata adeguata e l'esclusione di qualsiasi rinnovo automatico o di vantaggi a favore del titolare uscente o di persone ad esso legate.

La recente giurisprudenza della Corte ha quindi confortato il contenuto di queste disposizioni proposte dalla Commissione, peraltro esenti da particolari contestazioni nell'ambito del pur complesso negoziato legislativo sulla direttiva servizi.

Salvatore D'Acunto

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LEGITTIMITÀ DEL DIVERSO TRATTAMENTO RISERVATO AI RESIDENTI E AI NON RESIDENTI IN MATERIA TRIBUTARIA

Corte di giustizia

Sentenza del 5 luglio 2005 in causa n. C-376/03

D. c. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 56 e 58 CE - Legislazione tributaria - Imposta patrimoniale - Diritto ad un abbattimento - Trattamento distinto dei residenti e dei non residenti - Convenzione tributaria volta a prevenire la doppia imposizione.

Gli artt. 56 CE e 58 CE non ostano a una regolamentazione in base alla quale uno Stato membro rifiuta ai contribuenti non residenti, che detengono la maggior parte del loro patrimonio nello Stato in cui risiedono, il beneficio degli abbattimenti da esso accordati ai contribuenti residenti¹.

Gli artt. 56 CE e 58 CE non ostano a che una norma stabilita da una convenzione bilaterale volta a prevenire la doppia imposizione, quale la norma di cui trattasi nella causa principale, non sia estesa, in una situazione e in circostanze come quelle della causa principale, a un residente di uno Stato membro non parte di detta convenzione².

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹⁻² La controversia dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata ha visto contrapposti, da un lato, un cittadino tedesco, e, dall'altro lato, l'amministrazione fiscale olandese, in merito al rifiuto di quest'ultima di accordare al ricorrente il beneficio di un abbattimento in materia d'imposta sul patrimonio.

I Paesi Bassi applicano un sistema tributario che, nel tassare il patrimonio, riconosce ai contribuenti residenti il diritto di detrarre dalla base imponibile un quantitativo esente, mentre i residenti di altri Stati membri possono ottenere tale beneficio soltanto se il 90% dei loro beni si trova sul territorio olandese.

Il giudice competente, opportunamente adito, si è posto il problema della compatibilità di tale normativa con le regole della libera circolazione dei capitali di cui agli artt. 56 ss. del Trattato Ce.

Si ricorda che i Paesi Bassi hanno stipulato con il Belgio il 19 ottobre 1970 una Convenzione per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio. In base ad essa, i beni immobili sono soggetti ad imposta nello Stato in cui si trovano (art. 23, n. 1 Convenzione). L'art. 25, n. 3, della Convenzione prevedeva che «le persone fisiche residenti in uno dei due Stati beneficiavano nell'altro delle detrazioni personali, esenzioni e riduzioni accordate da quest'ultimo ai propri residenti in base alla loro situazione o ai loro oneri personali». In tal modo, i soggetti passivi stabiliti in Belgio beneficiano degli sgravi che la normativa olandese concedeva ai residenti nei Paesi Bassi.

Si precisa che l'art. 56 CE vieta le restrizioni dei movimenti di capitali e dei pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi, salve le disposizioni pertinenti della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti a causa della loro residenza o dei luoghi di collocamento dei loro capitali (art. 58 CE). In ogni caso, tale riserva non deve costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata della libera circolazione dei capitali (art. 58, n. 3).

L'art. 293 CE autorizza gli Stati ad assicurare, attraverso negoziati, ai loro cittadini che non vengano tassati due volte nella Comunità per uno stesso fatto imponibile.

Il ricorrente è residente in Germania; il 1° gennaio 1998 il 10% dell'importo del suo patrimonio era costituito da beni immobili situati nei Paesi Bassi, mentre il restante patrimonio si trovava in Germania. Conformemente all'art. 1 della Wet BV, l'interessato è stato soggetto all'imposta patrimoniale, in qualità di contribuente non residente, per l'anno 1998. Egli chiedeva di poter beneficiare dell'abbattimento di cui all'art. 14, n. 2, della Wet VB, ai sensi del quale i contribuenti residenti possono beneficiare di un abbattimento applicato al loro patrimonio mondiale, mentre i contribuenti non residenti, soggetti ad imposta per il loro patrimonio nei Paesi Bassi, non ne beneficiano.

La sua domanda veniva respinta. Il ricorrente proponeva, perciò, dinanzi al Gerechtshof te 's-Hertogenbosch un ricorso contro la decisione di diniego, sostenendo l'esistenza di una discriminazione alla luce degli artt. 56 CE e 58 CE, nonché della convenzione belgo-olandese sopra citata. La contestazione riguardava, altresì, la fondatezza della normativa olandese relativa al rimborso delle spese processuali in quanto egli avrebbe potuto essere rimborsato solamente in misura limitata, il che avrebbe reso molto difficile, se non impossibile, l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Il giudice nazionale dubitando della legittimità della differenza di trattamento che tale norma internazionale introduce tra i cittadini residenti in Belgio e quelli stabiliti in altri paesi dell'Unione europea, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

Con la prima, la Corte è stata chiamata a chiarire se la normativa olandese in discussione costituisca un ostacolo alla libera circolazione dei capitali in quanto diretta a creare una discriminazione nei confronti dei non residenti che investono in beni immobili nei Paesi Bassi. Infatti, a parità di ricchezza posseduta in tale Stato membro, solo il residente gode dell'abbattimento per il calcolo dell'imposta patrimoniale.

Sul punto, la Corte ha precisato che un investimento immobiliare come quello effettuato dal ricorrente nei Paesi Bassi, costituisce un movimento di capitali ai sensi della direttiva del Consiglio del 24 giugno 1988, n. 88/361/Cee, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato (in *Guce* n. L 178 del 1988, p. 5), e rientra nella sfera di applicazione delle norme relative alla libera circolazione dei capitali stabilite dagli artt. 56 CE ss.

In materia di imposte dirette, la Corte ha ammesso che la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono di regola analoghe (cfr. sentenza del 14 febbraio 1995 in causa n. C-279/93, *Schumacker*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 225 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 665 con nota di A. GRATANI, *Imposte sul reddito in Germania e diritto comunitario*, 1995, p. 666 ss.).

La Corte ha osservato come la situazione del residente sia diversa da quella del non residente in quanto nello Stato di residenza viene in genere prodotta la parte essenziale dei suoi redditi. Peraltro, questo Stato dispone in genere di tutte le informazioni necessarie per valutare la capacità contributiva del contribuente, tenuto conto della sua situazione persona-

le e familiare. Il fatto che uno Stato membro non consenta ad un non residente di usufruire delle agevolazioni fiscali che concede ai residenti non è, in linea di principio, discriminatorio poiché tali due categorie di contribuenti non si trovano in una situazione analoga.

La Corte ha statuito che uno Stato membro può subordinare l'applicazione di un'agevolazione a non residenti alla condizione che il 90% almeno dell'importo dei loro redditi complessivi sia soggetto all'imposta in questo Stato (cfr. sentenza del 14 settembre 1999 in causa n. C-391/97, *Gschwind*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5451 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 604).

Nel caso in questione è accaduto che il ricorrente deteneva il 90% del suo patrimonio nello Stato membro in cui è residente e il 10% in un altro Stato membro in cui vigeva una normativa sull'imposta patrimoniale quale quella vigente nei Paesi Bassi. Al soggetto era applicata l'imposta patrimoniale nell'altro Stato membro per la quota corrispondente al 10% del patrimonio che egli vi deteneva, senza sfruttare alcun abbattimento. I residenti in questo altro Stato membro erano soggetti ad imposta sul valore dell'intero patrimonio che possedevano nel mondo, valore cui si applicava un abbattimento.

La Corte ha osservato, da un lato, che un contribuente che detiene solamente una parte non essenziale del proprio patrimonio in uno Stato membro diverso dallo Stato in cui risiede non è, in linea di principio, in una situazione analoga a quella dei residenti in quest'altro Stato membro e, dall'altro lato, che il rifiuto delle autorità interessate di accordargli l'abbattimento di cui beneficiano questi ultimi non costituisce una discriminazione nei suoi confronti.

Il trattamento differenziato operato dallo Stato membro nel quale l'interessato possiede soltanto il 10% dell'importo del suo patrimonio senza l'abbattimento di cui si discute è dovuto al fatto che l'interessato detiene soltanto una parte non essenziale del patrimonio in tale Stato e che egli non si trova quindi in una situazione analoga a quella dei residenti. Poiché l'interessato detiene la parte essenziale del proprio patrimonio nello Stato in cui è residente, lo Stato membro nel quale egli possiede solamente una parte del patrimonio non è tenuto a riconoscergli le agevolazioni che esso accorda ai suoi residenti.

La seconda questione ha riguardato l'applicazione della Convenzione belga-olandese alla luce delle norme stabilite dal Trattato Ce che vietano la discriminazione in materia di libera circolazione dei capitali. Conformemente al disposto dell'art. 25, n. 3, di questa Convenzione, una persona fisica residente in Belgio fruisce nei Paesi Bassi degli abbattimenti e di altre agevolazioni che quest'ultimo Stato applica ai propri residenti.

Dall'applicazione della Convenzione deriva che un residente in Belgio, che possiede nei Paesi Bassi un immobile che rappresenta soltanto il 10% dell'importo complessivo del suo patrimonio, fruisce, contrariamente al ricorrente, dell'abbattimento riconosciuto dai Paesi Bassi ai propri residenti in materia d'imposta patrimoniale.

La Corte ha constatato che nessuna misura di unificazione o di armonizzazione diretta a eliminare le doppie imposizioni è stata adottata nell'ambito comunitario e che gli Stati membri non hanno stipulato, in forza dell'art. 293 CE, alcuna convenzione multilaterale in materia. Di contro, numerose sono state le convenzioni bilaterali stipulate tra gli Stati membri.

L'art. 24 della Convenzione belga-olandese contiene una ripartizione della competenza tributaria fra i due Stati membri, mentre all'art. 25, n. 3, è previsto che le persone fisiche residenti in uno di questi due Stati fruiscono nell'altro Stato delle detrazioni personali accordate da quest'ultimo ai propri residenti.

Orbene, secondo la Corte di giustizia, il fatto che i diritti e gli obblighi reciproci contenuti nella Convenzione stessa si applichino solamente a persone residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza insita nelle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che un soggetto passivo residente in Belgio non si trova nella stessa situazione di un soggetto passivo residente al di fuori del Belgio per quanto concerne l'imposta patrimoniale calcolata sulla base di beni immobili situati nei Paesi Bassi.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA
N. 85/374/CEE CHIARENDO IN QUALI CASI LA RESPONSABILITÀ
DEL PRODUTTORE SI ESTENDA AL FORNITORE**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03

Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S e Bilka Lavprisvarehus A/S c. Jette Mikkelsen, Michael Due Nielsen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 85/374/Cee - Responsabilità per danno da prodotti difettosi - Responsabilità del fornitore di un prodotto difettoso - Responsabilità indipendente dalla colpa - Responsabilità per colpa del produttore.

La direttiva del Consiglio del 25 luglio 1985, n. 85/374/Cee, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, dev'essere interpretata nel senso:

- che essa osta ad una regola nazionale secondo la quale il fornitore risponde, al di là dei casi tassativamente elencati all'art. 3, n. 3, della direttiva stessa, della responsabilità indipendente dalla colpa che la direttiva istituisce e imputa al produttore;

- che essa non osta ad una regola nazionale secondo la quale il fornitore è tenuto a rispondere illimitatamente della responsabilità per colpa del produttore¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 9 febbraio 2006 in causa n. C-127/04

Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd, ex Aventis Pasteur MSD Ltd, Sanofi Pasteur SA, ex Aventis Pasteur SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 85/374/Cee - Responsabilità per danno da prodotti difettosi - Nozione di «messa in circolazione» del prodotto - Fornitura del produttore ad una società interamente controllata - Azione di risarcimento danni - Ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva.

L'art. 11 della direttiva del Consiglio del 25 luglio 1985, n. 85/374/Cee, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, deve essere interpretato nel senso che un prodotto è messo in circolazione allorché è uscito dal processo di fabbricazione messo in atto dal produttore ed è entrato nel processo di commercializzazione in cui si trova nello stato offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato².

Quando viene intentata un'azione contro una società erroneamente considerata il produttore di un prodotto mentre, in realtà, quest'ultimo era fabbricato da un'altra società, in linea di principio spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni in base alle quali la sostituzione di una parte ad un'altra può intervenire nell'ambito di una siffatta azione. Un giudice nazionale che valuta le condizioni cui è subordinata tale sostituzione deve tuttavia assicurare che sia rispettato l'ambito di applicazione ratione personae della direttiva, determinato dagli artt. 1 e 3 della medesima³.

¹⁻³ Le sentenze sopra massimate hanno avuto per oggetto l'interpretazione della direttiva n. 85/374/Cee, relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi (in *Guce* n. L 210 del 1985, p. 29).

Nella prima, il rinvio pregiudiziale è scaturito nell'ambito di una controversia che ha visti contrapposti, da un lato, la signora Mikkelsen e il signor Due Nielsen alla Bilka Lavprisvarehus A/S e, dall'altro lato, la Bilka alla Skov Æg in ordine al risarcimento del danno subito dai danneggiati a seguito del consumo di uova messe in vendita dalla Bilka e prodotte dalla Skov.

La direttiva è stata trasposta in Danimarca con la legge del 7 giugno 1989, n. 371, relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, modificata dalla legge n. 1041 del 28 novembre 2000. Il Governo danese ha precisato che la legge in questione pone a carico del produttore il regime di responsabilità per danno da prodotti difettosi previsto dalla direttiva, oltre a sancire la regola giurisprudenziale esistente secondo cui il fornitore risponde della responsabilità degli operatori economici intervenuti nel processo.

La salmonellosi ha colpito i ricorrenti dopo che avevano mangiato uova acquistate in un negozio appartenente alla Bilka, uova che erano state prodotte dalla Skov.

I danneggiati hanno agito nei confronti del fornitore Bilka, che a sua volta ha chiamato in causa il produttore Skov.

La Bilka è stata condannata a versare un indennizzo ai danneggiati, mentre la Skov è stata condannata a rimborsare tale indennizzo alla Bilka. In seguito all'appello presentato dalla Bilka e dal produttore, il Vestre Landsret adito ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgere alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali.

In sostanza, la Corte è stata chiamata a chiarire se la direttiva n. 85/374/Cee impedisca ad uno Stato membro di disciplinare la responsabilità del fornitore in maniera tale che quest'ultimo debba rispondere per la responsabilità del produttore.

L'art. 1 della direttiva prevede che: «Il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto». Si tratta di una responsabilità indipendente da colpa. Infatti, l'art. 4 della direttiva precisa che «il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno».

È possibile trasferire al fornitore la responsabilità indipendente dalla colpa istituita dalla direttiva e imputata al produttore nonché la responsabilità per colpa del produttore? Per rispondere a questi interrogativi la Corte ha esaminato la portata dell'armonizzazione operata dalla direttiva richiamando le sentenze del 25 aprile 2002 in causa n. C-52/00, *Commissione c. Francia* (in *Raccolta*, 2002, I, p. 3827; del 25 aprile 2002 in causa n. C-154/00, *Commissione c. Grecia* (in *Raccolta*, 2002, I, p. 3879), e, sempre del 25 aprile 2002, in causa n. C-

183/00, *González Sánchez* (in *Raccolta*, 2002, I, p. 3901 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 517) nelle quali ha precisato che il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri al fine di disciplinare la responsabilità per danno da prodotti difettosi è determinato dalla direttiva stessa e deve essere dedotto dal tenore letterale e dalla finalità di quest'ultima.

Dalla motivazione della proposta di direttiva (doc. COM(76)372 def., in *Guce* n. C 241 del 1976, p. 9) risulta che, in considerazione dei ruoli dei vari operatori economici che intervengono nella catena di fabbricazione e di commercializzazione, è stata operata la scelta di attribuire in linea di principio al produttore, e unicamente in taluni casi delimitati, all'importatore e al fornitore, l'onere della responsabilità per i danni causati dai prodotti difettosi. Contrariamente all'interpretazione sostenuta dai danneggiati e dal Governo danese, gli artt. 1 e 3 della direttiva non si limitano dunque a disciplinare la responsabilità del produttore di un prodotto difettoso, ma determinano, tra gli operatori che hanno partecipato ai processi di fabbricazione e di commercializzazione, quello che dovrà assumere tutta la responsabilità.

Sul trasferimento al fornitore della responsabilità indipendente dalla colpa del produttore in base alla direttiva, la Corte ha osservato come l'art. 3, n. 3, della direttiva preveda la responsabilità del fornitore solo nell'ipotesi in cui il produttore non possa essere individuato: «(...) quando non può essere individuato il produttore del prodotto si considera tale ogni fornitore a meno che quest'ultimo comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto. Le stesse disposizioni si applicano ad un prodotto importato, qualora questo non rechi il nome dell'importatore di cui al par. 2, anche se è indicato il nome del produttore».

Prevedendo, all'art. 10 della legge n. 371 del 1989, che il fornitore risponde direttamente dei difetti di un prodotto nei confronti dei danneggiati, il legislatore danese ha quindi esteso la cerchia dei responsabili contro i quali la vittima ha il diritto di intentare un'azione in base al regime di responsabilità previsto dalla direttiva oltre i limiti fissati da quest'ultima.

In considerazione del fatto che il sistema istituito dalla normativa danese addossa al fornitore un onere che il legislatore comunitario ha considerato ingiustificato, comportando un incremento delle chiamate in causa da parte dei danneggiati contro il produttore, il Governo danese ha suggerito alla Corte di interpretare la direttiva nel senso che essa osta ad una regola nazionale secondo la quale il fornitore risponde illimitatamente della responsabilità del produttore.

Sul trasferimento al fornitore della responsabilità per colpa del produttore, la Corte ha precisato che l'art. 13 della direttiva dev'essere interpretato nel senso di non escludere l'applicazione di altri regimi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale purché essi si basino su elementi diversi, come la garanzia dei vizi occulti o la colpa: «La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva». Ne consegue che la norma danese secondo la quale il fornitore è tenuto a rispondere illimitatamente della responsabilità per colpa del produttore, non contrasta con la direttiva n. 85/374/Cee.

Nella causa n. C-127/04, invece, la domanda pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di un contenzioso tra il signor O'Byrne e la Sanofi Pasteur MSD Ltd – APMSD – e la Sanofi Pasteur SA – APSA –, per la messa in circolazione da parte di queste ultime società di un vaccino ritenuto difettoso, la cui somministrazione avrebbe causato gravi lesioni.

Il bimbo O'Byrne, infatti, dopo essere stato sottoposto ad una vaccinazione antiemofiliaca nel novembre 1992, ha subito gravi lesioni.

Una prima domanda di risarcimento veniva presentata nei confronti della società APMSD (controllata al 100% dal produttore APSA) distributrice dei vaccini nel Regno Unito. Una seconda domanda veniva presentata nei confronti del produttore in quanto solamente in un secondo tempo era apparso chiaramente che il fabbricante del prodotto era l'APSA.

L'APSA ha sostenuto che l'azione diretta nei suoi confronti si era prescritta, sulla base del fatto che l'azione era stata promossa dopo la scadenza del termine di prescrizione decennale previsto dalla direttiva.

La High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali.

Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se, nel caso in cui un prodotto è ceduto da una società produttrice ad una filiale di distribuzione e da questa ven-

duto a un terzo, l'art. 11 della direttiva debba essere interpretato nel senso che la messa in circolazione del prodotto interviene al momento della cessione del prodotto della società produttrice alla filiale oppure nel momento in cui il prodotto in questione viene ceduto da quest'ultima al terzo.

La direttiva non fornisce la definizione dell'espressione «messa in circolazione» contenuta sia all'art. 7, lett. a., della direttiva, concernente la possibilità, per il produttore, di esonerarsi dalla sua responsabilità sia all'art. 11, relativo alla prescrizione dei diritti conferiti al danneggiato.

Sul punto, la Corte ha precisato che l'esenzione dalla responsabilità per la mancata messa in circolazione del prodotto riguarda anzitutto i casi in cui una persona diversa dal produttore abbia fatto uscire il prodotto dal procedimento di fabbricazione; restano esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva anche le ipotesi in cui il prodotto è stato utilizzato contro la volontà del produttore, (cfr. sentenza del 10 marzo 2001 in causa n. C-203/99, *Ve-edfald*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3569 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 45).

A parere della Corte, un prodotto è messo in circolazione, ai sensi dell'art. 11 della direttiva, quando è uscito dal processo di fabbricazione praticato dal produttore ed è entrato in un processo di commercializzazione di offerta al pubblico per essere utilizzato o consumato.

È irrilevante, pertanto, il fatto che il prodotto sia venduto direttamente dal produttore all'utilizzatore o al consumatore oppure che tale vendita sia effettuata nell'ambito di un processo di distribuzione che implica uno o più operatori. Infatti, quando una delle maglie della catena di distribuzione è strettamente legata al produttore, per esempio nel caso di una società controllata al 100% da quest'ultimo, è indispensabile stabilire se il legame comporti che tale entità sia in realtà implicata nel processo di fabbricazione del prodotto interessato.

È compito dei giudici nazionali stabilire, nei vari casi di specie, se i legami effettivi tra il produttore e altre entità siano così stretti da fare sì che nella nozione di produttore ai sensi degli artt. 7 e 11 della direttiva sia inclusa anche quest'ultima entità e che la cessione del prodotto dall'una all'altra di tali entità non comporti la messa in circolazione del prodotto.

In sentenza, la Corte di giustizia ha precisato che la nozione di produttore (che ai sensi della direttiva n. 85/374/Cee designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso) può assorbire anche una filiale distributrice.

Infine, con la seconda e la terza questione il giudice inglese ha chiesto alla Corte se, quando un'azione è intentata contro una società erroneamente considerata il produttore di un prodotto mentre, in realtà, quest'ultimo era fabbricato da un'altra società, i giudici nazionali possano considerare tale azione come diretta contro la società produttrice e sostituirla, in qualità di convenuta, alla società inizialmente citata in giudizio.

Sul punto, la Corte ha osservato come, non pronunciandosi la direttiva sui meccanismi processuali, è nel diritto degli Stati membri che si rinvengono le condizioni in base alle quali è consentita la sostituzione di una parte ad un'altra nell'ambito di un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni. Inoltre, la Corte ha chiarito come la delimitazione dei responsabili compiuta dagli artt. 1 e 3, n. 1 della direttiva debba considerarsi tassativa (in questo senso si era espressa nella sentenza *Skov e Bilka*).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 90/364/CEE E PRECISA LE CONDIZIONI IN BASE ALLE QUALI È POSSIBILE OTTENERE IL PERMESSO DI SOGGIORNO

Corte di giustizia

Sentenza del 23 marzo 2006 in causa n. C-408/03

Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Direttiva n. 90/364/Cee relativa al diritto di soggiorno - Violazione della normativa comunitaria in materia di diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione - Cittadinanza dell'Unione europea - Cittadina portoghese trasferitasi in Belgio per convivere con il *partner* - Libera circolazione delle persone - Legislazione e prassi amministrativa nazionali relative alla condizione di disponibilità di risorse personali sufficienti e all'emissione di ordini di lasciare il territorio dello Stato membro interessato - Diniego del permesso di soggiorno nel caso in cui le risorse non siano «personali» - Mancata presentazione entro i termini dei documenti richiesti - Provvedimento di espulsione automatico - Sussistenza.

Escludendo, nell'applicazione della direttiva n. 90/364/Cee ai cittadini di uno Stato membro che intendano avvalersi dei diritti derivanti da quest'ultima nonché dall'art. 18 CE, i redditi di un partner residente nello Stato membro ospitante, in mancanza di un atto negoziale stipulato dinanzi al notaio contenente una clausola di assistenza, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza dell'art. 18 CE e della direttiva stessa¹.

Prevedendo la possibilità di notificare in maniera automatica un ordine di lasciare il territorio ai cittadini dell'Unione che non abbiano prodotto, entro un dato termine, i documenti richiesti per il rilascio di un titolo di soggiorno, il Regno del Belgio è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza dell'art. 2 della direttiva n. 90/364/Cee, dell'art. 4 della direttiva n. 68/360/Cee, dell'art. 4 della direttiva n. 73/148/Cee, dell'art. 2 della direttiva n. 93/96/Cee e dell'art. 2 della direttiva n. 90/365/Cee².

¹⁻² La Commissione delle Comunità europee ha contestato al Regno del Belgio: la violazione dell'art. 18 CE e della direttiva n. 90/364/Cee sul diritto di soggiorno (in *Guce* n. L 180 del 1990, p. 26), nonché la violazione dell'art. 4 della direttiva n. 68/360/Cee (in *Guce* n. L 257 del 1968, p. 13), relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità; dell'art. 4 della direttiva del Consiglio n. 73/148/Cee (in *Guce* n. L 172 del 1973, p. 14), relativa alla soppressione di tali restrizioni in materia di stabilimento e di prestazione di servizi; e dell'art. 2 delle direttive n. 93/96/Cee (in *Guce* n. L 317 del 1996, p. 59) e n. 90/365/Cee (in *Guce* n. L 180 del 1990, p. 28), relative al diritto di soggiorno degli studenti e dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale.

Il primo inadempimento contestato ha riguardato il fatto che ai cittadini di altri Stati membri che intendono stabilirsi nel territorio belga veniva richiesto il possesso di risorse «personali» sufficienti.

Il secondo inadempimento è derivato dalla prassi belga di disporre automaticamente l'espulsione dei cittadini dell'Unione europea che non presentino, entro un termine prescritto, i documenti richiesti per il rilascio del permesso di soggiorno.

La signora De Figueiredo, cittadina portoghese, si è trasferita in Belgio con le sue tre figlie, nell'agosto 1999 (il soggiorno era autorizzato sino all'ottobre 1999), per raggiungere il proprio *partner*, cittadino belga, il quale si impegnava ufficialmente a provvedere al suo sostentamento.

Nel dicembre 1999, alla signora De Figueiredo veniva notificato un ordine di lasciare il

territorio per il fatto che era rimasta in Belgio oltre la data di scadenza figurante sulla dichiarazione di arrivo.

Le autorità belghe hanno ritenuto che l'interessata non soddisfacesse la condizione di risorse sufficienti prevista all'art. 1 della direttiva n. 90/364/Cee: l'impegno sottoscritto dal *partner* non era adeguato a provare che la ricorrente potesse disporre di risorse commisurate alle necessità. L'art. 1, n. 1, 1° comma, della direttiva n. 90/364/Cee prevede che: «1. Gli Stati membri accordano il diritto di soggiorno ai cittadini degli Stati membri che non beneficiano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario nonché ai loro familiari quali sono definiti nel par. 2, a condizione che essi dispongano per sé e per i propri familiari di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi diventino durante il soggiorno un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante».

Esaurito il procedimento precontenzioso e non avendo il Regno del Belgio fornito sufficienti precisazioni al riguardo, la Commissione delle Comunità europee ha così notificato al Belgio un ricorso per inadempimento.

Con la prima censura, relativa alla condizione secondo la quale il cittadino dell'Unione deve disporre di risorse personali sufficienti, è stato contestato, in sostanza, al Regno del Belgio, di prendere in considerazione, ai fini dell'applicazione della direttiva n. 90/364/Cee, solamente le risorse personali del cittadino dell'Unione che intende ottenere il diritto di soggiorno o quelle del coniuge o di un figlio di tale cittadino, ad esclusione delle risorse provenienti da un terzo, in particolare da un *partner* con il quale egli non abbia alcun legame giuridico.

La Corte osserva come l'applicazione delle condizioni e delle limitazioni contenute nell'art. 1, n. 1, 1° comma della direttiva n. 90/364/Cee debba avvenire nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario e in conformità ai principi generali del medesimo, in particolare al principio di proporzionalità; ne deriva che i provvedimenti nazionali adottati a tal fine devono essere adeguati e necessari per conseguire lo scopo perseguito (cfr. sentenza del 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast e R*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7901).

La Corte ha, inoltre, ricordato che nella sentenza *Zhu e Chen* (del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 89), l'art. 1, n. 1, 1° comma, della direttiva n. 90/364/Cee era stato interpretato nel senso di ritenere sufficiente che i cittadini degli Stati membri «dispongano» delle risorse necessarie senza nessun riferimento alla provenienza di queste ultime. È noto che le disposizioni relative alla libera circolazione delle persone devono essere interpretate estensivamente.

La Corte, in considerazione del fatto che aggiungere un requisito relativo alla provenienza delle risorse costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio della libera circolazione e di soggiorno garantito dall'art. 18 CE, ha precisato che, qualora le risorse finanziarie siano assicurate da un familiare del cittadino dell'Unione, la condizione relativa all'esistenza di risorse sufficienti prevista all'art. 1, n. 1, 1° comma, della direttiva n. 90/364/Cee è da ritenersi soddisfatta.

Nel caso di specie, occorre chiarire se a tale conclusione si possa pervenire anche qualora si tratti di redditi del *partner* e non di un familiare.

La Corte ha concluso per la fondatezza della prima censura in quanto la condizione relativa all'esistenza di un vincolo giuridico, come richiesto dal Belgio, tra il *partner* e il beneficiario delle risorse, è sproporzionata in quanto eccede quanto è necessario per la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva n. 90/364/Cee, ossia la protezione delle finanze pubbliche dello Stato membro ospitante.

Con la seconda censura, la Commissione ha addebitato alla normativa belga il fatto che la mancata produzione, da parte del cittadino di uno Stato membro, entro un dato termine, dei documenti giustificativi necessari al rilascio della carta di soggiorno, comportava automaticamente la notifica di un ordine di allontanamento.

Una tale misura di allontanamento automatico pregiudica la sostanza stessa del diritto di soggiorno riconosciuto direttamente dal diritto comunitario.

Sull'automaticità dell'ordine di allontanamento, la normativa controversa non permette che si tenga conto dei motivi per i quali l'interessato non abbia seguito la procedura amministrativa necessaria, nonché la sua eventuale capacità di poter dimostrare di soddisfare le condizioni alle quali il diritto comunitario subordina il diritto di soggiorno.

Si tratta, in sostanza, di provvedimenti sproporzionati rispetto alla gravità dell'infrazione che possono certamente dissuadere i cittadini dell'Unione dall'esercitare il loro diritto alla libera circolazione. Ne consegue, pertanto, la fondatezza anche della seconda censura.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA COMPENSAZIONE DELLE FERIE ANNUALI RETRIBUITE

**Corte di giustizia
Sentenza del 6 aprile 2006 in causa n. C-124/05**

Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Staat der Nederlanden

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori - Direttiva n. 93/104/Ce - Condizioni di lavoro - Organizzazione dell'orario di lavoro - Diritto alle ferie annuali retribuite - Compensazione finanziaria per il mancato godimento del periodo minimo di ferie annuali retribuite - Contrasto - Sussistenza.

L'art. 7 della direttiva del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 2000, n. 2000/34/Ce, deve essere interpretato nel senso che osta a che una disposizione nazionale consenta, in costanza del contratto di lavoro, che i giorni di ferie annuali ai sensi dell'art. 7, n. 1, non goduti nel corso di un dato anno siano sostituiti da un'indennità finanziaria nel corso di un anno successivo¹.

¹ La controversia dalla quale è scaturito il rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE è insorta tra la Federatie Nederlandse Vakbeweging – FNV –, una federazione di sindacati olandesi, e lo Stato dei Paesi Bassi a proposito della conformità alle pertinenti disposizioni di diritto comunitario sulla compensazione finanziaria del periodo minimo di ferie annuali, qualora le ferie non vengano godute, ma riportate all'anno successivo. In sostanza, alla Corte è stato chiesto di valutare la compatibilità con l'art. 7, n. 2, della direttiva della normativa nazionale che prevede la possibilità di riscatto di giorni del periodo minimo di ferie annuali che siano stati accumulati nel corso degli anni precedenti.

La direttiva n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Guce* n. L 307 del 93, p. 18), dispone all'art. 7 che: «1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali. 2. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro». L'art. 17 della direttiva prevede la facoltà di derogare, a determinate condizioni, a diverse sue disposizioni, senza tuttavia contemplare l'art. 7. La direttiva è stata abrogata e sostituita, a partire dal 2 agosto 2004, dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, n. 2003/88/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Guce* n. L 299 del 2003, p. 9). Tuttavia, l'art. 7 della direttiva è rimasto immutato.

In un opuscolo informativo pubblicato dal Ministero degli Affari sociali e del Lavoro

dal titolo «*Nieuwe vakantiewetgeving. Meer ruimte voor maatwerk*» (Nuova legislazione sulle ferie: più spazio per il lavoro su misura) del febbraio 2001 era previsto che: «La base della normativa sulle ferie rimane invariata: ciascun lavoratore ha diritto a ferie retribuite. Il minimo legale di giorni di ferie annuali è pari a quattro volte il numero di giorni lavorativi settimanali (...)». In sostanza, i giorni di ferie potevano essere accumulati per un periodo più lungo prima della scadenza. I giorni di ferie supplementari potevano in futuro essere riscattati. Si trattava in questo caso di giorni di ferie eccedenti il numero minimo obbligatorio di giorni annuali o di giorni accumulati negli anni precedenti. La FNV ha presentato al Rechtbank te 's-Gravenhage un ricorso volto a far dichiarare, principalmente, che lo Stato neerlandese aveva agito in maniera illegittima in contrasto con l'art. 7, n. 2, della direttiva sull'orario di lavoro.

Il Rechtbank te 's-Gravenhage ha respinto il ricorso e nel corso del giudizio d'appello dinanzi al Gerechtshof te 's-Gravenhage questi ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

In sostanza, la disposizione controversa oggetto di interpretazione da parte della Corte è quella che consente di pattuire per iscritto, durante la vigenza del contratto di lavoro, che ad un lavoratore il quale in un determinato anno non abbia utilizzato, o abbia utilizzato solamente in parte, il suo periodo minimo di ferie annuali, venga concessa in sostituzione, in un anno successivo, un'indennità di carattere finanziario.

La Corte ha precisato, innanzitutto, che un congedo garantito dalla normativa comunitaria non può pregiudicare il diritto di godere di un altro congedo garantito da tale normativa (cfr. sentenza del 14 aprile 2005 in causa n. C-519/03, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3067) e che, se alla fine di un anno, si cumulano i periodi di più congedi garantiti dal diritto comunitario, può essere inevitabile riportare le ferie annuali o una parte delle stesse all'anno successivo.

Il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite è un principio fondamentale nell'ambito del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva stessa (cfr., sul punto, sentenze del 26 giugno 2001 in causa n. C-173/99, *BECTU*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4881 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 339 nonché del 18 marzo 2004 in causa n. C-342/01, *Merino Gómez*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2605 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 291). La direttiva prevede, inoltre, che il lavoratore deve poter beneficiare di un riposo effettivo e che gli è consentito sostituire il diritto alle ferie annuali retribuite con una compensazione finanziaria solamente nell'ipotesi in cui si ponga fine al rapporto con il datore di lavoro.

A parere della Corte di giustizia, essendo le ferie necessarie per assicurare una tutela efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori, esse possono ugualmente contribuire, se godute nel corso dell'anno successivo, al raggiungimento dei medesimi obiettivi. In ogni caso, la possibilità di sostituire con un'indennità finanziaria il periodo minimo di ferie annuali riportate, costituirebbe un incentivo in violazione degli obiettivi della direttiva, a rinunciare alle ferie come periodo di riposo ovvero a sollecitare i lavoratori a rinunciarvi.

Ne consegue che la disposizione controversa contrasta con l'art. 7, n. 2, della direttiva n. 93/104/Ce nel senso che il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria qualora venga riportato ad un anno successivo.

IL TERMINE PER LA CONCESSIONE DI UNA PENSIONE AD UN TRANSESSUALE PASSATO AL SESSO FEMMINILE È IL MEDESIMO DI QUELLO RICONOSCIUTO ALLE DONNE

Corte di giustizia

Sentenza del 27 aprile 2006 in causa n. C-423/04

Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale - Direttiva n. 79/7/Cee – Divieto di discriminazione - Rifiuto di concedere una pensione di vecchiaia all'età di sessant'anni ad una transessuale che si è sottoposta ad un intervento chirurgico di conversione dal sesso maschile al sesso femminile - Contrasto - Sussistenza.

L'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio del 19 dicembre 1978, n. 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, osta ad una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia ad una persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di sessantacinque anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di sessant'anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale¹.

Non è necessario limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza².

¹⁻² Le persone transessuali, secondo la definizione della House of Lords, Corte suprema del Regno Unito, «nascono con le caratteristiche anatomiche delle persone di un sesso, ma con la ferma convinzione o sensazione di appartenere all'altro sesso». La convinzione di appartenere all'altro sesso è così radicata che la persona transessuale è disposta a chiedere la corrispondente correzione fisica mediante trattamento ormonale e un'operazione di mutamento di sesso. Tale condizione è nota anche come disforia sessuale o disturbo dell'identità di genere.

Sulla base della legge britannica del 1953 sulla registrazione delle nascite e dei decessi, oggi non più in vigore (Birth and Deaths Registration Act 1953), era vietata ogni modifica al registro degli atti di nascita, salvo nell'ipotesi di errore di scrittura o di errore materiale.

Di recente, il Regno Unito ha approvato il Gender Recognition Act (legge sul riconoscimento del genere) del 2004, che disciplina la posizione giuridica delle persone transessuali con riguardo, tra l'altro, al pensionamento. Tale legge è entrata in vigore il 4 aprile 2005 e non ha efficacia retroattiva.

La controversia dalla quale è scaturita la domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Social Security Commissioner (Commissario per la legislazione sociale) di Londra prima che il Gender Recognition Act 2004 entrasse in vigore, ha visto contrapposti, da un lato, la signora Richards, una persona che si è sottoposta ad un intervento chirurgico di mutamento di sesso, e il Secretary of State for Work and Pensions, il Segretario di Stato per il lavoro e per le pensioni, relativamente al rifiuto di quest'ultimo di concedere alla ricorrente una pensione di vecchiaia a partire dal compimento del suo sessantesimo anno di età. In sostanza, la questione ha riguardato il fatto se la direttiva n. 79/7/Cee (in *Guce* n. L 6 del 1979, p. 24) vieti ad uno Stato membro di negare una pensione di vecchiaia prima del compimento del sessantacinquesimo anno di età a una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, nel caso in cui tale persona avrebbe avuto diritto alla pensione al compimento del sessantesimo anno se fosse stata considerata come donna secondo il diritto nazionale.

La signora Richards si è sottoposta nel maggio 2001 ad un intervento chirurgico di mutamento di sesso e l'anno successivo ha presentato la domanda al Secretary of State per beneficiare di una pensione di vecchiaia a partire dalla data in cui essa avrebbe compiuto i sessanta anni.

La domanda veniva respinta in quanto era stata presentata più di quattro mesi prima che il richiedente compisse i 65 anni, vale a dire l'età pensionabile prevista per gli uomini nel Regno Unito. Essendo stato respinto anche il ricorso proposto dalla signora Richards dinanzi al Social Security Appeal Tribunal (Commissione di secondo grado per la legislazione sociale), la ricorrente adiva il Social Security Commissioner, rilevando che, a seguito della sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in causa n. C-117/01, *K. B.* (in *Raccolta*, 2004, I, p. 541 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 287), il rifiuto di corrisponderle una pensione di vecchiaia a partire dall'età di sessanta anni costituiva una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché una discriminazione contraria all'art. 4 della direttiva n. 79/7/Cee.

Il giudice del rinvio, ritenendo indispensabile interpretare la direttiva in questione alla luce dei fatti di causa, ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se il rifiuto opposto dal Secretary of State contrasti con l'art. 4 della direttiva n. 79/7/Cee ai sensi del quale: «Il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia, specificamente per quanto riguarda: il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione ad essi, l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi, il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni».

Innanzitutto la Corte ha precisato che la direttiva costituisce l'espressione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne e che il diritto di non essere discriminata in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona, di cui la Corte deve garantire l'osservanza (cfr. sentenze del 15 giugno 1978 in causa n. 149/77, *Defrenne*, in *Raccolta*, 1978, p. 1365 e del 30 aprile 1996 in causa n. C-13/94, *P./S.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2143 e in questa *Rivista*, 1998, p. 595 con nota di E. ADOBATI, *Non sono ammesse agevolazioni di viaggio a favore di conviventi dello stesso sesso*, p. 608 e P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, p. 609 ss.). Inoltre, la direttiva può trovare applicazione anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessata.

La Corte ha osservato come la ricorrente non possa beneficiare della pensione per il fatto che non le viene riconosciuto il nuovo sesso acquisito con l'intervento chirurgico a cui si è sottoposta. Ebbene, a parere della Corte, tale disparità di trattamento è da considerare una discriminazione vietata ai sensi della direttiva n. 79/7/Cee.

Nella sentenza *K. B.*, *cit.*, la Corte si era già espressa nel senso che una normativa nazionale che impedisce ad un transessuale, a causa del mancato riconoscimento del suo sesso acquisito, di poter soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dal diritto comunitario dev'essere considerata incompatibile con il diritto comunitario.

Inoltre, il caso di specie (a differenza di quanto sostenuto dal Regno Unito) non rientra nemmeno nei casi di deroga di cui all'art. 7 della direttiva nel quale è previsto che non viene pregiudicata la facoltà degli Stati membri di escludere dal campo di applicazione nazionale: «(...) la fissazione del limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni; (...)». Tale deroga, peraltro, deve essere interpretata in maniera restrittiva (cfr. sentenze del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723 e del 26 febbraio 1986 in causa n. 262/84, *Beets-Propser*, in *Raccolta*, 1986, p. 773 e del 30 marzo 1993 in causa n. C-328/91, *Thomas e a.*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1247). Infatti, il diritto comunitario lascia liberi gli Stati di organizzare i loro sistemi previdenziali e, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta a ciascuno Stato membro determinare, attraverso la propria legislazione, da un lato, le condizioni per l'iscrizione a un regime di previdenza sociale e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto a ricevere le prestazioni (cfr. sentenze del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 690 nonché del 4 dicembre 2003 in causa n. C-92/02, *Kristiansen*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14597 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 532).

Ne consegue, e così conclude la Corte, che la normativa britannica contrasta con il diritto comunitario (la Corte si è così conformata alle conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs presentate in data 15 dicembre 2005 nelle quali lo stesso ha osservato come un rifiu-

to siffatto costituisca una discriminazione contraria alla direttiva comunitaria sulla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale).

Infine, sulla limitazione degli effetti della sentenza nel tempo, oggetto della seconda questione pregiudiziale, la Corte precisando come l'entrata in vigore, il 4 aprile 2005, della legge del 2004 ha avuto l'effetto di far venir meno controversie simili a quella che ha dato luogo alla causa principale, ha statuito nel senso che non è necessario limitare nel tempo gli effetti della sentenza (la Corte si era già pronunciato sul punto: cfr., sentenze del 2 febbraio 1988 in causa n. 24/86, *Blaizot*, in *Raccolta*, 1988, p. 379; del 23 maggio 2000 in causa n. C-104/98, *Buchner e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3625; del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 696 nonché del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03, *Bidar*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2119 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 283).

È LA GIURISDIZIONE DELLO STATO MEMBRO DEL DEBITORE AD AVERE LA COMPETENZA AD APRIRE LA PROCEDURA DI INSOLVENZA "PRINCIPALE"

Corte di giustizia

Sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. C-341/04

Eurofood IFSC Ltd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 68 CE - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Regolamento Ce n. 1346/2000 - Procedure di insolvenza - Decisione di avvio della procedura - Centro degli interessi principali del debitore - Riconoscimento della procedura di insolvenza da parte di giudici di altri Stati membri - Ordine pubblico.

Quando un debitore è una società controllata la cui sede statutaria è situata in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la sua società madre, la presunzione contenuta nell'art. 3, n. 1, seconda frase, del regolamento Ce del Consiglio del 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, secondo la quale il centro degli interessi principali di detta controllata è collocato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione in detta sede statutaria. Ciò potrebbe, in particolare, valere per una società che non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede sociale. Per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento¹.

L'art. 16, n. 1, 1° comma, del regolamento Ce n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che la procedura di insolvenza principale aperta da un giudice di uno Stato membro deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri, senza che questi possano controllare la competenza del giudice dello Stato di apertura².

L'art. 16, n. 1, 1° comma, del regolamento Ce n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che costituisce una decisione di apertura della procedura di insolvenza ai sensi di tale norma la decisione pronunciata da un giudice di uno Stato membro investito di una domanda in tal senso, basata sull'insolvenza del debitore e finalizzata all'apertura di una procedura di cui all'allegato A del medesimo regolamento, allorché tale decisione comporta lo spossessamento del debitore e comprende la nomina di un curatore previsto dall'allegato C al citato regolamento. Tale spossessamento comporta che il debitore perda i poteri di gestione da lui posseduti sul proprio patrimonio³.

L'art. 26 del regolamento Ce n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura sia stata assunta in manifesta violazione del diritto fondamentale di essere sentito di cui gode un soggetto interessato da una tale procedura⁴.

¹⁻⁴ La Supreme Court of Ireland si è rivolta alla Corte di giustizia al fine di chiarire se, nell'ambito dell'insolvenza del gruppo Parmalat, il regolamento Ce del Consiglio del 29 maggio 2000, n. 1346 relativo alle procedure di insolvenza (in *Guce* n. L 160 del 2000, p. 1) preveda che una controllata irlandese della *holding* italiana Parmalat SpA debba essere messa in liquidazione in Irlanda o in Italia.

Ai sensi del suo art. 1, n. 1, il regolamento in questione si applica «alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore».

L'Eurofood, una società in accomandita per azioni, avente la propria sede statutaria nell'International Financial Services Center a Dublino, è controllata al 100% dalla Parmalat SpA, società di diritto italiano. L'attività svolta consiste nel fornire agevolazioni finanziarie alle società del gruppo Parmalat. Nel dicembre 2003, ai sensi del dl n. 347 del 23 dicembre 2003, recante misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (in *Guri* n. 298 del 24 dicembre 2003), la Parmalat SpA è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria con il signor Bondi in qualità di amministratore straordinario.

Nel gennaio 2004, la Bank of America NA ha chiesto alla High Court (Irlanda) l'apertura di una procedura di liquidazione coatta nei confronti della Eurofood a causa dell'insolvenza di tale società, nominando il signor Farrell curatore provvisorio, conferendogli il potere di prendere possesso di tutti i beni di tale società, di gestirne gli affari, di aprire un conto bancario a nome della stessa e di ricorrere alle prestazioni di un consulente.

Nel febbraio 2004, l'Eurofood è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria del signor Bondi.

In data 10 febbraio 2004 è stata depositata presso il Tribunale civile e penale di Parma una domanda per far dichiarare l'insolvenza della Eurofood. L'udienza è stata fissata per il 17 febbraio 2004, data che è stata comunicata al signor Farrell il 13 febbraio. In data 20 febbraio 2004 il giudice di Parma, ritenendo che il centro degli interessi principali della Eurofood fosse in Italia, ha dichiarato la propria competenza internazionale per dichiarare lo stato di insolvenza della società.

Nel marzo 2004, la High Court ha ritenuto che, secondo la legge irlandese, la procedura

di insolvenza nei confronti della Eurofood fosse stata aperta in Irlanda alla data della domanda presentata a tal fine dalla Bank of America NA, cioè il 27 gennaio 2004. Ritenendo che il centro degli interessi principali della Eurofood si trovasse in Irlanda, la High Court ha ritenuto che la procedura aperta in tale Stato membro fosse quella principale. Inoltre, le condizioni dello svolgimento della procedura dinanzi al Tribunale civile e penale di Parma erano tali da giustificare, ai sensi dell'art. 26 del regolamento, il rifiuto, da parte dei giudici irlandesi, di riconoscere la decisione di tale tribunale. Constatata l'insolvenza della Eurofood, la High Court ha ordinato la liquidazione di tale società, nominando il signor Farrell liquidatore.

Il signor Bondi ha proposto appello contro tale decisione e la Supreme Court ha ritenuto necessario sospendere il giudizio e rivolgere alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali al fine di chiarire soprattutto quale fosse il giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza.

Il giudice del rinvio ha chiesto in sostanza quale sia, nel caso di una società madre e della sua controllata aventi le rispettive sedi statutarie in due diversi Stati membri, l'elemento determinante per identificare il centro degli interessi principali della controllata.

L'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000 precisa che, per le società, si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria.

L'espressione «centro degli interessi principali» si evince chiaramente dal tredicesimo *considerando* del regolamento, il quale afferma che «per "centro degli interessi principali" si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi».

Trattasi di una presunzione semplice che può essere superata solamente se elementi imparziali e verificabili da parte di terzi consentano di determinare l'esistenza di una situazione effettivamente diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione in tale sede statutaria.

Ne consegue, secondo la Corte, che quando una società svolge la propria attività sul territorio di uno Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro, non è sufficiente per superare la presunzione di cui sopra.

Sulla competenza ad aprire la procedura di insolvenza principale, la Corte ha osservato come la norma sulla priorità contenuta nell'art. 16, n. 1, del regolamento preveda che la procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro sia riconosciuta in tutti gli Stati membri dal momento in cui essa produce i propri effetti nello Stato di apertura.

Il principio della fiducia reciproca ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza che tutti i giudici cui si applica il regolamento sono tenuti a rispettare (cfr. sentenze del 9 dicembre 2003 in causa n. C-116/02, *Gasser*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14693 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 283 nonché del 27 aprile 2004 in causa n. C-159/02, *Turner*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3565). Tale principio esige, altresì, che i giudici degli altri Stati membri riconoscano la decisione di apertura di una procedura di insolvenza principale, senza poter controllare la valutazione effettuata dal primo giudice relativamente alla propria competenza.

La Corte di giustizia è stata chiamata, inoltre, a chiarire cosa debba intendersi per una decisione di apertura di una procedura di insolvenza ai sensi dell'art. 16, n. 1, 1° comma, del regolamento.

Sul punto è stato chiarito che ai sensi dell'art. 1, n. 1, del regolamento le procedure di insolvenza alle quali lo stesso si applica devono possedere quattro caratteristiche: *a.* deve trattarsi di una procedura concorsuale; *b.* occorre l'insolvenza del debitore; *c.* occorre lo spossessamento almeno parziale di quest'ultimo e *d.* necessita della designazione di un curatore.

A parere della Corte, per «decisione di apertura di una procedura di insolvenza» ai sensi del regolamento deve intendersi non solo una decisione formalmente indicata come decisione di apertura dalla normativa dello Stato membro cui appartiene il giudice che l'ha pronunciata, ma anche la decisione emessa a seguito di una domanda, fondata sull'insolvenza del debitore, finalizzata all'apertura di una procedura, quando tale decisione comporta lo spossessamento del debitore e comprende la designazione di un curatore. Lo spossessamento implica che il debitore perda i poteri di gestione di cui dispone sul proprio patrimonio.

Nella caso di specie, infatti, le due conseguenze tipiche di una procedura di insolvenza,

vale a dire la nomina di un curatore e lo spossessamento del debitore, si sono già verificate, e sono dunque presenti tutti gli elementi costitutivi della definizione di una tale procedura contenuta nell'art. 1, n. 1, del regolamento.

Infine, la Corte ha dovuto chiarire se uno Stato membro sia tenuto, ai sensi dell'art. 17 del regolamento n. 1346/2000, a riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura della stessa sia stata pronunciata in violazione delle forme procedurali garantite nel primo Stato dalle necessità di ordine pubblico. L'art. 17, n. 1, del regolamento prevede che: «la decisione di apertura di una procedura di cui all'art. 3, par. 1, produce in ogni altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura (...)».

Nell'ambito di una procedura di insolvenza, il diritto dei creditori o dei loro rappresentanti di prendere parte alla stessa nel rispetto del principio della parità tra le parti riveste un'importanza particolare; ogni restrizione all'esercizio di tale diritto deve essere adeguatamente giustificata e accompagnata da garanzie procedurali che assicurino ai soggetti interessati l'effettiva possibilità di contestare i provvedimenti adottati in via di urgenza.

L'art. 26 del regolamento n. 1346/2000 deve essere, pertanto, interpretato nel senso che uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura sia stata presa in violazione del diritto fondamentale di essere sentito di cui gode un soggetto interessato da una tale procedura (sul diritto ad un processo equo, cfr. sentenze del 17 dicembre 1998 in causa n. C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 8417 e in questa *Rivista*, 2000, 487 con commento di P. PALLARO, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 493 e dell'11 gennaio 2000 in cause riunite n. C-174/98 P e n. C-189/98 P, *Paesi-Bassi e Van der Wal c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1).

Sarà così il giudice irlandese ad essere competente per l'apertura della procedura di insolvenza principale applicabile ai beni della società Eurofood in Europa essendo il centro principale degli interessi della società stessa in Irlanda. (cfr., in generale, sulle procedure di insolvenza P. De Cesari - G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 378; e, in particolare, i commenti alla sentenza sopra massimata di S. Bariatti, *Procedura di insolvenza principale nello Stato centro di interessi*, in *Guida al diritto*, 20 maggio 2006, p. 122 e G. Pastina, *Il giudice competente nella procedura di insolvenza verso una società debitrice*, in *Sud in Europa*, n. 3/2006, p. 12.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA NUOVAMENTE LA DIRETTIVA N. 93/36/CEE E DEFINISCE I PRESUPPOSTI NECESSARI AFFINCHÉ L'AGGIUDICAZIONE DI UN APPALTO PUBBLICO POSSA COSTITUIRE UN AFFIDAMENTO «QUASI IN HOUSE»

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04

Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, in presenza di: Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/36/Cee - Appalti pubblici di forniture - Affidamento senza gara d'appalto - Affidamento

dell'appalto ad un'impresa in cui l'amministrazione aggiudicatrice detiene una partecipazione.

La direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice¹.

La condizione d'inapplicabilità della direttiva n. 93/36/Cee secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 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 telecomunicazioni².

Nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva n. 93/36/Cee, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività³.

¹⁻³ La questione pregiudiziale dalla quale è scaturita la sentenza, sopra massimata, si inserisce in una serie di procedimenti – in parte già definiti (cfr. ordinanza del 14 novembre 2002 in causa n. C-310/01, *Comune di Udine*, in *Guce* n. C 55/2003 e sentenza del 9 settembre 1999 in causa n. C-108/98, *RI.SAN.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5219; nella prima la Corte aveva statuito che «la direttiva n. 93/36/Cee è applicabile ad un contratto di appalto avente ad oggetto sia prodotti che servizi quando il valore dei prodotti previsti dal contratto è superiore a quello dei servizi forniti, a meno che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul fornitore un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e il detto fornitore realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano»), relativi agli affidamenti effettuati da comuni italiani nei settori della fornitura di energia e dello smaltimento dei rifiuti. Essa verte sull'interpretazione e l'applicazione dei criteri indicati nella sentenza *Teckal* (sentenza del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121) e precisati nella sentenza *Stadt Halle* (sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1, e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 273).

In sostanza, la questione ha riguardato la definizione dei presupposti necessari affinché l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa costituire un affidamento «quasi in house», sottraendosi, pertanto, all'applicazione della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (in *Guce* n. L 199 del 1993, p. 1).

La controversia ha visto contrapposti, da un lato, l'impresa Carbotermo SpA (un'impresa specializzata negli appalti di fornitura di energia e di gestione di impianti termici, a favore di clienti pubblici e privati) e il consorzio Alisei (un'impresa che fornisce prodotti energetici e

servizi attinenti alla climatizzazione e al riscaldamento degli edifici) e, dall'altro lato, il comune di Busto Arsizio e l'impresa AGESP SpA in merito all'affidamento a quest'ultima di un appalto concernente la fornitura di combustibili, la manutenzione, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del comune in questione.

La AGESP Holding SpA è una società per azioni nata dalla trasformazione, decretata il 24 settembre 1997, dell'Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, impresa speciale del comune di Busto Arsizio. Il capitale sociale della AGESP Holding appartiene attualmente per il 99,98% al comune di Busto Arsizio.

Nel dicembre 2003, il comune di Busto Arsizio affidava con propria delibera l'appalto per la fornitura di combustibili, nonché per la manutenzione, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali alla AGESP. Il Comune di Busto Arsizio ha ritenuto che la AGESP soddisfacesse i due requisiti stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per concludere gli appalti pubblici senza gara, ossia: *a.* che l'ente locale eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e, *b.* che il suddetto ente aggiudicatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente locale che lo controlla.

La Carbotermo e il consorzio Alisei impugnavano la delibera di cui sopra dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia che sospendeva il giudizio nazionale e sottoponeva alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva sugli appalti pubblici.

La prima questione è relativa alla compatibilità con la direttiva n. 93/36/Cee dell'affidamento diretto dell'appalto ad una società per azioni (AGESP) il cui capitale è interamente detenuto da un'altra società per azioni (AGESP Holding), il cui socio di maggioranza è il Comune appaltante/Pubblica Amministrazione. Sul punto, la Corte ha precisato che, per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società stessa (cfr. sentenza del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8612 e in questa *Rivista*, 2005, p. 686 con commento di A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessione di servizi*, p. 693 ss.).

Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe significare che l'amministrazione aggiudicatrice in questione eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

La Corte ha rilevato che gli statuti della AGESP Holding e della AGESP attribuiscono al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società e il Comune di Busto Arsizio non detiene nessun potere di controllo o diritto di voto per limitare la libertà d'azione riconosciuta a tali consigli di amministrazione.

La Corte di giustizia, ritenendo, pertanto, che l'amministrazione aggiudicatrice, nel caso di specie, non eserciti sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ha concluso nel senso che la direttiva n. 93/36/Cee, osta all'affidamento diretto di un appalto pubblico.

Con la seconda questione, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se la condizione consistente nello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività, ricorra nel caso in cui l'impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la detiene o sul territorio dell'ente stesso.

Le condizioni in presenza delle quali, (cfr. sentenza *Teckal*, *cit.*) la direttiva n. 93/36/Cee è inapplicabile agli appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, hanno, in particolare, lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza.

Se il soggetto in questione compie la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, viene garantita l'applicabilità della direttiva n. 93/36/Cee nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e

possa, di conseguenza, entrare in concorrenza con le altre imprese.

Secondo la Corte, un'impresa non è privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una porzione notevole della propria attività economica presso altri operatori.

Inoltre, la Corte ha precisato che l'impresa sviluppa la parte più rilevante dell'attività con l'ente locale che la detiene solamente se l'attività è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulti avere solamente un carattere marginale.

Con riferimento a tutte le circostanze del caso di specie da prendere in considerazione, sia qualitative sia quantitative, la Corte di giustizia, nel risolvere la questione, ha osservato come il fatturato determinante sia rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in relazione alle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante. Inoltre, le attività di un'impresa aggiudicataria oggetto di un'attenta valutazione sono tutte quelle che quest'ultima compie nell'ambito di un affidamento eseguito dall'amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni e indipendentemente dalla conoscenza del soggetto che remunera le prestazioni dell'impresa in questione.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL GIUDICE NAZIONALE APPLICANDO I CRITERI DI COLLEGAMENTO DI CUI ALL'ART. 5 DEL REGOLAMENTO CE N. 44/2001 INDIVIDUA IL TRIBUNALE COMPETENTE A DECIDERE

Tribunale di Arezzo
Sentenza del 3-19 luglio 2006 n. 658/06*

Tab Spa c. Lidl Stiftung & Co. KG

Eccezione di difetto di giurisdizione - Regolamento Ce n. 44/2001 - Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Artt. 2 e 5 del Regolamento - Foro generale del domicilio del convenuto - Foro speciale applicabile ai contratti di compravendita di beni - Criterio di individuazione della competenza - Luogo di consegna dei beni - Incompetenza del Tribunale di Arezzo.

Il luogo di consegna dei beni costituisce criterio di individuazione della competenza per tutte le obbligazioni comunque scaturenti dal contratto di compravendita, compresa quella relativa al pagamento del prezzo (...).

Va esclusa, pertanto, l'applicabilità di criteri diversi (...), che possono operare soltanto nell'ipotesi in cui non sia individuabile un luogo di consegna (...).

(Omissis) In diritto

A. Risulta fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata in relazione alle disposizioni del Regolamento Ce n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, che hanno diretta efficacia nei singoli ordinamenti degli Stati membri e prevalgono sulle norme

* In argomento v. *infra*, p. 345 ss., la nota di *ENRICA ADOBATI*.

di diritto interno.

L'art. 2 del Regolamento stabilisce infatti che «salve le disposizioni del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro».

Atteso che la LIDL Stiftung ha sede in Germania, il riferimento all'anzidetto foro generale del domicilio del convenuto individua la giurisdizione del giudice tedesco.

B. Tale giurisdizione risulta confermata anche in applicazione dei criteri di "competenza speciale" previsti alla sezione del Capo II del Regolamento, e segnatamente dall'art. 5, a norma del quale «la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: *l. a.* in materia contrattuale, davanti al Giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; *b.* ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è: - nel caso di compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto; (...) *c.* la lett. *a.* si applica nei casi in cui non è applicabile la lett. *b.*».

Sulla base delle pattuizioni contrattuali e degli stessi documenti emessi dalla Tab, risulta che la consegna doveva avvenire «franco destino sdoganato»: ciò comporta che, indipendentemente dal fatto che la consegna avvenisse tramite vettore, il luogo in cui la merce doveva intendersi consegnata nella disponibilità della acquirente era costituito dal luogo di destinazione («Stiftsbergstrasse 1, Neckarsulum», Germania).

Tale conclusione non risulta contraddetta né dall'art. 1510 c.c. (il cui 2° comma prevede la possibilità di patti o usi contrari alla regola secondo cui «il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore o allo spedizioniere»), né dall'art. 31 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, giacché anche tale norma può essere derogata – come nel caso di specie – dal diverso accordo espresso delle parti.

Il luogo di consegna dei beni costituisce criterio di individuazione della competenza per tutte le obbligazioni comunque scaturenti dal contratto di compravendita, compresa quella relativa al pagamento del prezzo (come emerge anche dai lavori preparatori al Regolamento, ove, a commento dell'art. 5, si osserva che la «definizione pragmatica del luogo dell'adempimento, fondata su un criterio puramente fattuale, si applica a prescindere dalla natura della obbligazione controversa ed anche nel caso in cui questa sia costituita dal pagamento del corrispettivo contrattuale»).

Va esclusa, pertanto, l'applicabilità di criteri diversi (del tipo di quelli di cui all'art. 1182, comma 3 o all'art. 1498, 3° comma c.c., che sanciscono il criterio generale del pagamento al domicilio del venditore), che possono operare soltanto nell'ipotesi in cui non sia individuabile un luogo di consegna (cfr. art. 5, n. 1., lett. *c.*, secondo cui «la lett. *a.* si applica nei soli casi in cui non è applicabile la lett. *b.*»).

C. Attese le evidenti difficoltà interpretative (in difetto di una giurisprudenza consolidata), devono ritenersi sussistenti giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese processuali.

(*Omissis*)

IL LUOGO DI CONSEGNA DEI BENI QUALE CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE DELLA COMPETENZA PER TUTTE LE OBBLIGAZIONI DERIVANTI DA UN CONTRATTO DI COMPRAVENDITA

Il Tribunale di Arezzo ha ritenuto fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla società LIDL Stiftung e Co. KG (di seguito LIDL), con sede in Germania nell'ambito di una causa intentata da TAB S.p.a. (di seguito: TAB) con sede ad Arezzo, per il pagamento di merci.

LIDL e TAB concludevano, nell'anno 2003, un contratto per la fornitura di un certo quantitativo di cabine doccia e TAB provvedeva a consegnare la merce a LIDL presso i magazzini di quest'ultima, situati in territorio tedesco, così come convenzionalmente stabilito dalle parti in contratto¹.

Successivamente LIDL, a causa di alcuni difetti nella fornitura delle cabine doccia, decideva di non commercializzare la merce rifiutandone il pagamento. LIDL, citata in giudizio da TAB davanti al Tribunale di Arezzo, eccepiva, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Vertendo la controversia tra soggetti stabiliti in due Paesi diversi dell'Unione europea, la stessa doveva essere assoggettata alle disposizioni del regolamento Ce n. 44/2001² concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,

¹ TAB si è liberata dell'obbligazione contrattuale di consegnare i beni con la messa a disposizione delle cabine doccia nei magazzini LIDL Stiftung & CO. KG situati in Germania.

² Il regolamento Ce n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 è pubblicato in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1. Per un commento al regolamento n. 44/2001, cfr. V. SIANI, *Il regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze* - Parte Prima: *La cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (Ce) n. 44/2001*, in questa *Rivista*, 2003, p. 451 e Parte Seconda: *Riconoscimento ed esecutività delle sentenze e degli atti stranieri*, in questa *Rivista*, 2003, p. 653. V. inoltre, S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo - dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, Torino, Giappichelli, 2002; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee - Dalla convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milano, Giuffrè, 2004; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia (Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE n. 44/2001)*, Milano, Giuffrè, 2005.

avente diretta efficacia nei singoli ordinamenti degli Stati membri con prevalenza sulle corrispondenti norme di diritto interno³.

La convenuta LIDL ha quindi invocato l'applicazione del regolamento n. 44/2001 e, in particolare, l'art. 2, n. 1 e l'art. 5.

L'art. 2, n. 1 del regolamento n. 44/2001 dispone che: «salvo le disposizioni del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro»⁴ (foro del domicilio del convenuto).

Dal tenore dell'art. 2 del regolamento in questione, si deduce che, nel caso di specie, il foro (generalmente) competente a conoscere della controversia insorta tra la società tedesca e quella italiana è il foro del domicilio del convenuto che, nel caso di specie, è il foro tedesco avendo LIDL la propria sede in Germania.

Il giudice italiano, nel decidere la causa, ha rilevato come il riferimento alla giurisdizione tedesca trovi una conferma anche applicando i criteri di competenza speciali previsti all'art. 5 dello stesso regolamento n. 44/2001. Secondo tale art. 5, la persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta, in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio⁵.

L'espressione «luogo dell'obbligazione dedotta in giudizio» è precisata all'art. 5, 1° comma, lett. b. del regolamento n. 44/2001 nel senso che deve intendersi: «(...) nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati».

Nelle proprie difese, LIDL ha richiamato, a tale riguardo, i lavori preparatori per l'adozione del regolamento n. 44/2001⁶, nei quali viene precisato come il luogo di adempimento delle obbligazioni, nei contratti di fornitura, coincida con quello della consegna effettiva (o comunque concordata). I lavori precisano infatti che la «definizione pragmatica del luogo dell'adempimento, fondata su un criterio meramente fattuale, si applica a prescindere dalla natura dell'obbligazione controversa anche nel caso in cui questa sia costituita dal pagamento del corrispettivo contrattuale».

³ Il Consiglio dell'Unione europea, fondandosi sull'art. 65 del Trattato CE, ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 con il regolamento n. 44/2001, al fine di salvaguardare il funzionamento del mercato interno (cfr. secondo e sesto *considerando* del regolamento n. 44/2001).

⁴ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate in data 14 marzo 2006 in causa n. C-103/05, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, nonché sentenza del 13 luglio 2006, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁵ La previsione di fori alternativi o facoltativi non pregiudica in alcun modo la vigenza e la generale operatività del principio generale che attribuisce competenza giurisdizionale allo Stato sul cui territorio è domiciliato il convenuto; in questo senso, cfr. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 2, p. 63.

⁶ Cfr. p. 14 del Doc. Com(1999)348 def. del 14 luglio 1999 contenente la proposta definitiva della Commissione europea.

Si tratta, pertanto, di un principio autonomo stabilito dallo stesso regolamento n. 44/2001 che, come è noto, è direttamente applicabile e non può essere influenzato o condizionato da alcuna norma interna.

Ne consegue che il giudice competente a conoscere delle controversie nascenti da un contratto di compravendita di beni⁷ deve essere quello del luogo previsto (o effettivo) di consegna della merce. Nel caso di specie, essendo il luogo di consegna della merce la Germania, non poteva che conseguirne la giurisdizione del giudice tedesco.

Come ha rilevato il Tribunale di Arezzo, accogliendo le tesi della LIDL, dalle pattuizioni contrattuali e dai documenti prodotti in causa dalle parti⁸, risulta chiaramente che la consegna sarebbe dovuta avvenire «franco destino sdoganato», ossia, in altre parole, la merce doveva essere messa a disposizione dell'acquirente LIDL nel luogo dove la stessa LIDL aveva i propri magazzini in Germania.

Di conseguenza il giudice competente a decidere la controversia tra le parti non poteva che essere il giudice tedesco.

Enrica Adobati

⁷ «Per quanto riguarda la compravendita di beni, (...) l'unico luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali da prendere in considerazione ai fini della disciplina in esame è il territorio di uno Stato comunitario dove le merci sono state o avrebbero dovuto essere consegnate, in base al contratto, a prescindere dalla circostanza che l'adempimento (o gli effetti dell'inadempimento) di tale obbligazione sia posta a fondamento della domanda fatta valere dinanzi al giudice» in questo senso, cfr. S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit. supra, nota 2, p. 77.

⁸ «Si dovrà (...) verificare (...) la volontà manifestata dalle parti in merito alla localizzazione dell'adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio riconoscendo, così, ampi spazi alle determinazioni convenzionali delle stesse parti», in questo senso, cfr. S. M. CARBONE, *loc. cit.*, p. 73.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

TUTELA DEI CONSUMATORI MEDIANTE L'ARMONIZZAZIONE DELLE DISPOSIZIONI NAZIONALI SULLE PRATICHE COMMERCIALI LESIVE DEI LORO INTERESSI ECONOMICI

Direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)*

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 Commissione,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato²,
considerando quanto segue:

(*Omissis*)

1. L'art. 153, par. 1 e 3, lett. *a.*, del Trattato prevede che la Comunità deve contribuire al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'art. 95 del medesimo.

(*Omissis*)

* In *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss. In argomento v. *infra*, p. 361 ss., il commento di *ROSSELLA INCARDONA*.

¹ *Guce* n. C 108 del 30 aprile 2004, p. 81.

² Parere del Parlamento europeo del 20 aprile 2004 (*Guce* n. C 104 E del 30 aprile 2004, p. 260), posizione comune del Consiglio del 15 novembre 2004 (*Guce* n. C 38 E del 15 febbraio 2005, p. 1) e posizione del Parlamento europeo del 24 febbraio 2005 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*). Decisione del Consiglio del 12 aprile 2005.

18. È opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva n. 84/450/Cee, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell'elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all'acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie.

19. Qualora talune caratteristiche, quali età, infermità fisica o mentale o ingenuità, rendano un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile ad una pratica commerciale o al prodotto a cui essa si riferisce, e il comportamento economico soltanto di siffatti consumatori sia suscettibile di essere distorto da tale pratica, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, occorre far sì che essi siano adeguatamente tutelati valutando la pratica nell'ottica del membro medio di detto gruppo.

20. È opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici. Nei settori in cui vi siano obblighi tassativi specifici che disciplinano il comportamento dei professionisti, è opportuno che questi forniscano altresì prove riguardo agli obblighi di diligenza professionale in tale settore. Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato. Le organizzazioni dei consumatori potrebbero essere informate e coinvolte nella formulazione di codici di condotta, al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori.

21. Le persone o le organizzazioni che in base alla legislazione nazionale siano considerate titolari di interesse legittimo nel caso di specie devono disporre di mezzi di impugnazione contro le pratiche commerciali sleali dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un'autorità amministrativa competente a decidere dei reclami o a promuovere un'adeguata azione giudiziaria. Pur spettando al diritto nazionale stabilire l'onere della prova, è appropriato attribuire agli organi giurisdizionali e alle autorità amministrative il potere di esigere che il professionista fornisca prove sull'esattezza delle allegazioni fattuali che ha presentato.

(Omissis)

24. È opportuno rivedere la presente direttiva onde assicurare che sia stato affrontato il problema degli ostacoli al mercato interno e sia stato raggiunto un alto livello di

protezione dei consumatori. Il riesame potrebbe portare a una proposta della Commissione intesa a modificare la presente direttiva, in cui potrebbero essere comprese un'estensione limitata della deroga di cui all'art. 3, par. 5, e/o modifiche ad altri atti legislativi in materia di tutela dei consumatori che rispecchino l'impegno della Commissione nell'ambito della strategia della politica dei consumatori di rivedere l'*acquis* esistente in modo da conseguire un elevato livello comune di tutela dei consumatori.

25. La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

hanno adottato la presente direttiva:

Capo 1 - Disposizioni generali

Articolo 1 - Scopo

La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva, si intende per:

a. «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale;

b. «professionista»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista;

c. «prodotto»: qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni;

d. «pratiche commerciali tra imprese e consumatori» (in seguito denominate «pratiche commerciali»): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il *marketing*, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

e. «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori»: l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso;

f. «codice di condotta»: un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici;

g. «responsabile del codice»: qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo;

h. «diligenza professionale»: rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori;

i. «invito all'acquisto»: una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto;

j. «indebito condizionamento»: lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole;

k. «decisione di natura commerciale»: una decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla;

l. «professione regolamentata»: attività professionale, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, è subordinata direttamente o indirettamente, in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali.

Articolo 3 - Ambito di applicazione

1. La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, come stabilite all'art. 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

2. La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto.

3. La presente direttiva non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti.

4. In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici.

5. Per un periodo di sei anni a decorrere dal 12 giugno 2007 gli Stati membri possono continuare ad applicare disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla presente direttiva nel settore da essa armonizzato, in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione. Tali misure devono essere essenziali al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori da pratiche commerciali sleali e devono essere proporzionate al raggiungimento di tale obiettivo. La revisione di cui all'art. 18 può, se ritenuto opportuno, comprendere una proposta intesa a prorogare questa deroga per un ulteriore periodo limitato.

6. Gli Stati membri notificano alla Commissione senza indugio le disposizioni nazionali applicate sulla base del par. 5.

7. La presente direttiva non pregiudica l'applicazione delle norme che determinano la competenza giurisdizionale.

8. La presente direttiva non pregiudica le eventuali condizioni relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, volti a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti, che gli Stati membri possono, conformemente alla normativa comunitaria, imporre a questi ultimi.

9. In merito ai "servizi finanziari" definiti alla direttiva n. 2002/65/Ce e ai beni immobili, gli Stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza.

10. La presente direttiva non è applicabile all'attuazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di certificazione e di indicazioni concernenti il titolo degli articoli in metalli preziosi.

Articolo 4 - Mercato interno

Gli Stati membri non limitano la libertà di prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla presente direttiva.

Capo 2 - Pratiche commerciali sleali

Articolo 5 - Divieto delle pratiche commerciali sleali

1. Le pratiche commerciali sleali sono vietate.

2. Una pratica commerciale è sleale se:

a. è contraria alle norme di diligenza professionale,

e

b. falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

3. Le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. Ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.

4. In particolare, sono sleali le pratiche commerciali:

a. ingannevoli di cui agli artt. 6 e 7

o

b. aggressive di cui agli artt 8 e 9.

5. L'allegato I riporta l'elenco di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali. Detto elenco si applica in tutti gli Stati membri e può essere

modificato solo mediante revisione della presente direttiva.

Sezione 1 - Pratiche commerciali ingannevoli

Articolo 6 - Azioni ingannevoli

1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

- a. l'esistenza o la natura del prodotto;
- b. le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;
- c. la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;
- d. il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;
- e. la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;
- f. la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;
- g. i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi della direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo⁸, o i rischi ai quali può essere esposto.

2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

- a. una qualsivoglia attività di *marketing* del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente;
- b. il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove:
 - i. non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile;
 - e
 - ii. il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

⁸ *Guce* n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12.

Articolo 7 - Omissioni ingannevoli

1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

2. Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al par. 1, tenendo conto degli aspetti di cui a detto paragrafo, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

3. Qualora il mezzo di comunicazione impiegato per comunicare la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un'omissione di informazioni si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per mettere le informazioni a disposizione dei consumatori con altri mezzi.

4. Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto:

a. le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;

b. l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;

c. il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d. le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difforni dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

e. l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

5. Sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il *marketing*, di cui l'allegato II fornisce un elenco non completo.

Sezione 2 - Pratiche commerciali aggressive

Articolo 8 - Pratiche commerciali aggressive

È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia i-

donea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Articolo 9 - Ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento

Nel determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi:

- a. i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;
- b. il ricorso alla minaccia fisica o verbale;
- c. lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;
- d. qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;
- e. qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa.

Capo 3 - Codici di condotta

Articolo 10 - Codici di condotta

La presente direttiva non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali sleali esercitate dai responsabili dei codici né esclude che le persone o le organizzazioni di cui all'art. 11 possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi, oltre a quelli giudiziari o amministrativi di cui al medesimo articolo.

Il ricorso a tali organismi di controllo non è mai considerato equivalente alla rinuncia agli strumenti di ricorso giudiziario o amministrativo di cui all'art. 11.

(Omissis)

Capo IV - Disposizioni finali

(Omissis)

Articolo 17 - Informazione

Gli Stati membri adottano misure appropriate per informare il consumatore della legge nazionale che recepisce la presente direttiva e, se del caso, incoraggiano i professionisti e i responsabili del codice ad informare i consumatori in merito ai propri codici di condotta.

Articolo 18 - Revisione

1. Entro il 12 giugno 2011, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione globale sull'applicazione della presente direttiva e, in parti-

colare, dell'art. 3, par. 9, dell'art. 4 e dell'allegato I, e sulle possibilità di armonizzare e semplificare ulteriormente il diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori, nonché di adottare, tenendo conto dell'art. 3, par. 5, eventuali misure necessarie a livello comunitario per assicurare il mantenimento di livelli adeguati di protezione dei consumatori. La relazione è corredata, se del caso, di una proposta di revisione della presente direttiva o di altre norme pertinenti del diritto comunitario.

2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, ai sensi del trattato, si adoperano per adottare un'iniziativa entro due anni dalla presentazione da parte della Commissione di eventuali proposte presentate a norma del par. 1.

Articolo 19 - Recepimento

Gli Stati membri adottano e pubblicano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 12 giugno 2007. Essi ne informano immediatamente la Commissione e comunicano senza indugio a quest'ultima ogni eventuale successiva modifica.

Essi applicano tali disposizioni entro il 12 dicembre 2007. 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 stabilite dagli Stati membri.

Articolo 20 - Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Articolo 21 – Destinatari

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

(Omissis)

ALLEGATO I

Pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali

Pratiche commerciali ingannevoli

1. Affermazione, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta, ove egli non lo sia.
2. Esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione.
3. Asserire che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, ove esso non la abbia.
4. Asserire che un professionista (incluse le sue pratiche commerciali) o un prodotto è stato approvato, accettato o autorizzato da un organismo pubblico o privato quando esso non lo sia stato o senza rispettare le condizioni dell'approvazione, dell'accettazione o dell'autorizzazione ricevuta.
5. Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far

fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta dal prodotto e al prezzo offerti (*bait advertising* ovvero pubblicità propagandistica).

6. Invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:

a. rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori,

oppure

b. rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole,

oppure

c. fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso,

con l'intenzione di promuovere un altro prodotto (*bait and switch* ovvero pubblicità con prodotti civetta).

7. Dichiarare falsamente che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole.

8. Impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è situato e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza chiaramente comunicarlo al consumatore prima che questi si sia impegnato a concludere l'operazione.

9. Affermare o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita, ove non lo sia.

10. Presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista.

11. Impiegare contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore (*advertorial* ovvero pubblicità redazionale). Tale disposizione è senza pregiudizio della direttiva n. 89/552/Cee¹¹.

12. Formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto.

13. Promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un particolare produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore facendogli credere che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore mentre invece non lo è.

14. Avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti.

15. Affermare che il professionista sta per cessare l'attività o traslocare, ove non stia per farlo.

16. Affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi d'azzardo.

17. Affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni.

18. Comunicare informazioni di fatto inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore ad acquistare il prodotto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato.

19. Affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole.

20. Descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore deve pagare un sovrappiù rispetto all'inevitabile costo di rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare l'articolo.

21. Includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che dia al consumatore l'impressione di aver già ordinato il prodotto in commercio mentre non lo ha fatto.

22. Falsamente dichiarare o dare l'impressione che il professionista non agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi falsamente come consumatore.

¹¹ Direttiva n. 89/552/Cee del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (*Guce* n. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23). Direttiva modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio (*Guce* n. L 202 del 30 luglio 1997, p. 60).

23. Dare la falsa impressione che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto.

Pratiche commerciali aggressive

24. Creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto.

25. Effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale.

26. Effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'art. 10 della direttiva n. 97/7/Ce e le direttive n. 95/46/Ce¹² e n. 2002/58/Ce.

27. Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali.

28. Includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati. Questa disposizione non osta all'applicazione dell'art. 16 della direttiva n. 89/552/Cee, concernente delle attività televisive.

29. Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo nel caso dei beni di sostituzione di cui all'art. 7, par. 3, della direttiva n. 97/7/Ce (fornitura non richiesta).

30. Informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o servizio sarà in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista.

31. Dare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti:

- non esiste alcun premio né vincita equivalente,

oppure

- qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore.

ALLEGATO II

Disposizioni di diritto comunitario che stabiliscono norme in materia di pubblicità e comunicazioni commerciali

Artt. 4 e 5 della direttiva n. 97/7/Ce

Art. 3 della direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»¹³

Art. 3, par. 3, della direttiva n. 94/47/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili¹⁴

Art. 3, par. 4 della direttiva n. 98/6/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori¹⁵

¹² Direttiva n. 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*Guce* n. L 281 del 23 novembre 1995, p. 31). Direttiva modificata dal regolamento (Ce) n. 1882/2003 (*Guce* n. L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1).

¹³ *Guce* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59.

¹⁴ *Guce* n. L 280 del 29 ottobre 1994, p. 83.

¹⁵ *Guce* n. L 80 del 18 marzo 1998, p. 27.

Articoli da 86 a 100 della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano¹⁶

Artt. 5 e 6 della direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»)¹⁷

Art. 1, lett. d. della direttiva n. 98/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, che modifica la direttiva n. 87/102/Cee del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo¹⁸

Artt. 3 e 4 della direttiva n. 2002/65/Ce

Art. 1, par. 9, della direttiva n. 2001/107/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 gennaio 2002, che modifica la direttiva n. 85/611/Cee del Consiglio concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) al fine di regolamentare le società di gestione e i prospetti semplificati¹⁹

Artt. 12 e 13 della direttiva n. 2002/92/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 dicembre 2002, sulla intermediazione assicurativa²⁰

Art. 36 della direttiva n. 2002/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita²¹

Art. 19 della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari²²

Artt. 31 e 43 della direttiva n. 92/49/Cee del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita (terza direttiva assicurazione non vita)²³

Artt. 5, 7 e 8 della direttiva n. 2003/71/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari²⁴

¹⁶ *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva n. 2004/27/Ce (*Guce* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34).

¹⁷ *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1.

¹⁸ *Guce* n. L 101 dell'1 aprile 1998, p. 17.

¹⁹ *Guce* n. L 41 del 13 febbraio 2002, p. 20.

²⁰ *Guce* n. L 9 del 15 gennaio 2003, p. 3.

²¹ *Guce* n. L 345 del 19 dicembre 2002, p. 1. Direttiva modificata dalla direttiva n. 2004/66/Ce del Consiglio (*Guce* n. L 168 dell'1 maggio 2004, p. 35).

²² *Guce* n. L 145 del 30 aprile 2004, p. 1.

²³ *Guce* n. L 228 dell'11 agosto 1992, p. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva n. 2002/87/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio (*Guce* n. L 35 dell'11 febbraio 2003, p. 1).

²⁴ *Guce* n. L 345 del 31 dicembre 2003, p. 64.

LA DIRETTIVA N. 2005/29/CE SULLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI: PRIME VALUTAZIONI

Sommario: *Premessa - 1. Cenni sulle origini e sull'iter legislativo di adozione della Direttiva - 2. Obiettivi e ambito di applicazione - 3. Mercato interno e legge applicabile - 4. Divieto delle pratiche commerciali sleali - 5. Pratiche commerciali ingannevoli - 6. Pratiche commerciali aggressive - 7. Codici di condotta - 8. Applicazione della Direttiva e sanzioni - 9. Revisione della Direttiva - 10. Conclusioni.*

Premessa

La direttiva n. 2005/29/Ce (Direttiva)¹ mira ad armonizzare le discipline nazionali in materia di pratiche commerciali (sleali), al fine di rafforzare la fiducia dei consumatori e delle imprese nel mercato interno e di ridurre gli ostacoli alla commercializzazione transfrontaliera di beni e servizi. La Direttiva vieta le pratiche commerciali sleali, elaborandone due distinte categorie con una dettagliata "lista nera" di pratiche *per se* vietate.

Il legislatore comunitario si era già occupato di pratiche commerciali e tecniche di *marketing* delle imprese, emanando numerose direttive di carattere generale² e settoriale³ che hanno rafforzato, e, in alcuni casi, introdotto *ex no-*

¹ Direttiva n. 2005/29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22.

² Direttiva n. 84/450/Ce relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, in *Guce* n. L 250 del 19 settembre 1984, p. 22 modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce sulla pubblicità comparativa, in *Guce* n. L 290 del 23 ottobre 1997, p. 18; direttiva n. 98/6/Ce relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, in *Guce* n. L 80 del 18 marzo 1998, p. 27; direttiva n. 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *Guce* n. L 95 del 21 aprile 1993, p. 29; direttiva n. 1999/44/Ce su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, in *Guce* n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12; direttiva n. 98/27/Ce sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in *Guce* n. L 166 dell'11 giugno 1998, p. 51.

³ Direttiva n. 79/581/Cee sull'indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari ai fini della protezione dei consumatori, in *Guce* n. L 158 del 26 giugno 1979, p. 19; direttiva n. 76/768/Cee sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici, in *Guce* n. L 262 del 27 settembre 1976, p. 169; direttiva n. 96/74/Ce relativa alle denominazioni nel settore tessile, in *Guce* n. L 32 del 3 febbraio 1997, p. 38, modificata dalla direttiva n. 97/37/Ce, in *Guce* n. L 169 del 27 giugno 1997, p. 74; direttiva n. 92/28/Cee concernente la pubblicità dei medicinali per

vo nelle legislazioni nazionali specifiche norme a tutela dei consumatori. Tali direttive, tuttavia, generalmente basate sul principio dell'armonizzazione minima, hanno consentito agli Stati membri di conservare o introdurre una disciplina interna più rigorosa di quanto in esse previsto, determinando nel mercato interno un sistema legislativo non omogeneo ed un aggravio di costi per le imprese, costrette ad adeguarsi a normative diverse da Stato a Stato nel commercializzare i loro prodotti.

La Direttiva intende superare il limite dei precedenti strumenti normativi introducendo norme comunitarie uniformi che tutelino gli interessi dei consumatori, garantiscano certezza del diritto e migliorino il funzionamento del mercato interno. Essa adotta una nozione ampia di pratiche commerciali tra imprese e consumatori⁴, ma non si occupa delle pratiche commerciali sleali che ledano anche gli interessi delle imprese concorrenti.

1. Cenni sulle origini e sull'iter legislativo di adozione della Direttiva

La pubblicazione, nell'ottobre 2001, del Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea⁵ ha dato l'impulso decisivo all'adozione della Direttiva, per quanto l'esigenza di disciplinare le pratiche commerciali sleali fosse già avvertita nel lontano 1978⁶.

uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 13; direttiva n. 90/314/Cee concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», in *Guce* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59; direttiva n. 85/577/Cee per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in *Guce* n. L 372 del 31 dicembre 1985, p. 31; direttiva n. 87/102/Cee sul credito al consumo, in *Guce* n. L 42 del 12 febbraio 1987, p. 48, modificata dalla direttiva n. 90/88/Cee, in *Guce* n. L 61 del 10 marzo 1990, p. 14 e dalla direttiva n. 98/7/Cee, in *Guce* n. L 101 del 1° aprile 1998, p. 17; direttiva n. 97/7/Ce riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *Guce* n. L 144 del 14 giugno 1997, p. 27; direttiva n. 90/384/Ce sugli strumenti per pesare a funzionamento non automatico, in *Guce* n. L 189 del 20 luglio 1990, p. 1; direttiva n. 94/47/Ce concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, in *Guce* n. L 280 del 29 ottobre 1994, p. 83; direttiva 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; direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 1 come modificata dalla direttiva n. 2004/24/Ce, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 58; direttiva n. 2002/65/Ce concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva n. 90/619/Cee del Consiglio e le direttive 97/7/Ce e 98/27/Ce, in *Guce* n. L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16 e la direttiva n. 2000/31/Ce relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1.

⁴ L'art. 2, lett. d., della Direttiva definisce la pratica commerciale come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il *marketing*, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

⁵ Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM(2001)definitivo del 2 ottobre 2001.

⁶ La Commissione aveva allora presentato una proposta di direttiva per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblici-

Nel Libro Verde, la Commissione riconosceva la necessità di creare un «mercato interno dei consumatori pienamente funzionante» che, oltre a diminuire i costi per le imprese, ampliare l'offerta di prodotti e servizi per i consumatori ed evitare i rischi derivanti dall'allargamento dell'Unione europea, «potrebbe svolgere un ruolo importante nella strategia volta ad avvicinare l'UE ai suoi cittadini, dissipando il mito che il mercato interno sia un progetto delle grandi imprese ed offrendo vantaggi economici tangibili nella loro vita quotidiana»⁷.

Il Libro Verde suggeriva l'adozione di una direttiva quadro che consentisse di superare le principali differenze tra le norme nazionali esistenti in materia di pratiche commerciali ed arginasse la proliferazione di norme settoriali.

Nella comunicazione dell'11 giugno 2002, relativa alle osservazioni dei governi, delle imprese e delle associazioni dei consumatori alle proposte del Libro Verde (*Follow-up*)⁸, la Commissione europea riaffermava la necessità di una riforma del diritto dei consumatori da attuarsi mediante una direttiva quadro⁹.

Il 18 giugno 2003, la Commissione europea rendeva pubblica una proposta di direttiva¹⁰ che faceva riferimento al principio del mutuo riconoscimento nel rispetto delle regole del Paese d'origine.

La Direttiva è stata adottata l'11 maggio 2005 tramite la procedura di «codecisione»¹¹ ed è entrata in vigore il 12 giugno 2005. Gli Stati membri sono obbligati a recepirla entro il 12 dicembre 2007.

La Direttiva è stata emanata sulla base del solo art. 95 TCE, relativo al ravvicinamento delle disposizioni miranti a migliorare il funzionamento del

tà ingannevole e sleale, in *Guce* n. C 70 del 21 marzo 1978, p. 4 vedasi N. REICH, *Protection of Consumers' Economic Interests by the EC*, in *Sydney Law Rev.*, 1992, p. 33 ss.

⁷ Libro Verde, punto 3.1.

⁸ Comunicazione della Commissione «Seguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE», COM(2002)289 definitivo dell'11 giugno 2002.

⁹ La Commissione proponeva, comunque, di adottare un approccio misto, costituito da una direttiva quadro generale, integrata, ove necessario, da misure settoriali e da un regolamento sulla promozione delle vendite (vedasi la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione delle vendite nel mercato interno, COM(2002)585 definitivo, del 25 ottobre 2002).

¹⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive n. 84/450/Cee, n. 98/27/CE, COM(2003)356 definitivo, sulla quale vedasi F. HENNING-BODEWIG, *Richlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform*, in *GRUR Int.*, 2004, p. 183 ss.; EVERSHEDES LONDON, *New European Union directive to curb unfair and misleading commercial practices*, in *Journal of Brand Management*, 2003, p. 125 ss.

¹¹ Il 15 novembre 2004 il Consiglio esprimeva la propria posizione comune sulla proposta di direttiva, suggerendo alcune modifiche, tra le quali il rifiuto del principio del paese d'origine, in *Gu-Ue* n. C 38 E del 15 febbraio 2005, p. 1. Il 24 febbraio 2005 il Parlamento europeo, in seconda lettura, rendeva nota la propria posizione e suggeriva altri emendamenti (vedasi http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?SAME_LEVEL=1&LEVEL=5&NAV=X&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0048+0+DOC+XML+V0//IT). Il 15 marzo 2005 la Commissione rendeva il proprio parere sugli emendamenti del Parlamento europeo alla posizione comune del Consiglio, COM(2005)96 definitivo.

mercato interno, anche se, nel *considerando* 1, viene richiamato l'art. 153 TCE, dedicato specificatamente al raggiungimento di un elevato livello di protezione dei consumatori¹².

2. Obiettivi e ambito di applicazione

La Direttiva mira a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno ed al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori (art. 1), due obiettivi che, sia pure strettamente correlati, incidono su interessi non sempre convergenti.

Il legislatore comunitario intende raggiungere gli obiettivi perseguiti mediante l'armonizzazione totale delle disposizioni in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori, nella consapevolezza che «lo sviluppo di pratiche commerciali leali all'interno dello spazio senza frontiere è essenziale per promuovere le attività transfrontaliere» (*considerando* 2). Le norme in materia di pratiche commerciali sleali, infatti, variano notevolmente da Stato a Stato¹³, creando ostacoli al buon funzionamento del mercato interno, causando distorsioni di concorrenza, indebolendo la fiducia delle imprese e dei consumatori nel mercato interno e disincentivando il commercio transfrontaliero.

La Direttiva tutela gli interessi economici dei consumatori in considerazione della slealtà della pratica commerciale, indipendentemente dalla prova della perdita o del danno effettivamente subito e prescindendo dalla intenzionalità o negligenza dell'operatore professionale (art. 11, par. 2). La tutela garantita ai consumatori sembra, quindi, molto ampia e sull'operatore commerciale professionale (o professionista) sembrerebbe gravare una vera e propria responsabilità oggettiva. In realtà, la formulazione del divieto generale di pratiche commerciali sleali (art. 5) e la mancata inversione dell'onere della prova renderanno difficile ai consumatori provare la slealtà di una pratica commerciale (in quanto contraria alle norme di diligenza professionale e in quanto idonea a falsare il comportamento economico del consumatore)¹⁴.

¹² L'aspirazione ad un livello elevato di tutela emerge più volte nella Direttiva, vedasi l'art. 1 e i *considerando* 5, 11, 20, 23 e 24.

¹³ Anche nelle aree armonizzate (ad esempio: pubblicità ingannevole e comparativa), l'esistenza di clausole minime ha consentito agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più severe di quelle previste negli strumenti comunitari. Al riguardo vedasi i *considerando* 3 e 4 della Direttiva e gli studi «Valutazione d'impatto estesa sulla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno», COM(2003)356 definitivo e «Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices» del giugno 2003, entrambi disponibili sul sito http://europa.eu.int/comm/consumers/index_it.htm.

¹⁴ Vedasi *infra*, par. 5. In tema di onere della prova, vedasi il contributo di JORGE PEGADO LIZ alla conferenza «Promoting Consumer Interests» organizzata dal Consumer & Competition - Consumer

La Direttiva non disciplina le pratiche commerciali sleali in relazione ad alcuni loro specifici aspetti ed a determinati settori. In particolare, non si occupa delle scelte dei legislatori nazionali relative al buon gusto e alla decenza (*considerando 7*), nel rispetto e nella consapevolezza delle differenze socio-culturali esistenti nei venticinque Stati membri. Essa non pregiudica, in particolare, le disposizioni nazionali tese a mantenere livelli elevati di integrità delle professioni regolamentate (art. 3, par. 8)¹⁵ e non interviene sugli aspetti di diritto contrattuale né sugli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti (art. 3, par. 2-3)¹⁶. Nel settore dei beni immobili, dei servizi finanziari e della tutela della salute, contraddicendo il proclamato ricorso all'armonizzazione totale, la Direttiva consente agli Stati membri di applicare norme più restrittive rispetto a quelle in essa previste (*considerando 9*).

Diversamente dalla direttiva n. 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole e comparativa, la Direttiva qui esaminata non si occupa dei danni economici che le pratiche commerciali sleali possono causare alle imprese. Il *considerando 6*, tuttavia, invita timidamente ad una armonizzazione delle normative nazionali in materia di concorrenza sleale, affermando che, «tenuto pienamente conto del principio di sussidiarietà, gli Stati membri, ove lo desiderino, continueranno a poter disciplinare tali pratiche, conformemente alla normativa comunitaria». La concorrenza sleale tra imprese, sebbene non ignorata dal diritto comunitario¹⁷, resterà ancora prevalentemente regolamentata a livello

Affairs Council di Malta e dalla International Association of Consumer Law il 17 marzo 2006, disponibile su http://www.mcmp.gov.mt/pdfs/consumers/Mar05Seminar/pegado_Liz.pdf, pp. 33-34.

¹⁵ Ancora una volta, il legislatore comunitario non riesce ad occuparsi contemporaneamente di aspetti diversi di una stessa problematica; così, mentre la Direzione concorrenza invoca maggiore liberalizzazione nella regolamentazione delle libere professioni, allentando le restrizioni autoregolamentari sulla pubblicità, la Direzione consumatori si guarda bene dall'influire direttamente sulla disciplina nazionale dei professionisti e sottrae le professioni regolamentate all'ambito di applicazione della Direttiva (vedasi par. 72 della comunicazione «Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali», COM(2004)83 definitivo del 9 febbraio 2004).

¹⁶ Secondo il punto 12 dell'allegato 1 della Direttiva, tuttavia, costituisce una pratica commerciale sleale il «formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto», ovvero, secondo il punto 17, l'«affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni».

¹⁷ Sul piano legislativo, vedasi le direttive n. 84/450/Ce e 97/55/Ce, *cit. supra*, nota 2; l'art. 3 della direttiva n. 2000/31/Ce e gli artt. 4, 9 e 10 della direttiva n. 97/7/CE, *cit. supra*, nota 3. Sul piano giurisprudenziale si vedano le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 6 luglio 1995 in causa n. C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und gewerbe Koeln e. v. c. Mars GMBH*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1923, punto 15; 24 novembre 1993 in cause riunite n. C-267/91 e n. 268/91, Procedimento penale a carico di *Bernard Keck e Daniel Mithouard*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6097, punto 18 e in questa *Rivista*, 1994, 665 con commento di S. AMADEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, p. 671; del 18 maggio 1993 in causa n. C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft c. Yves Rocher GmbH*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2361, punti 17 e 22; 7 marzo 1990 in causa n. 362/88, *GB-Inno-BM SA c. Confederation du Commerce Luxembourgeois ASBC*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 667, punti 10 e 21 e annotata in questa *Rivista*, 1990, p. 439; 13 dicembre 1990 in causa n. C-238/89, *Pall Corp. c. Dalhausen & Co.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4827, punto 23; 16 maggio 1989 in causa n. C-328/87, *Buet c. Pubblico Ministero*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 1235, punto 11; 15 ottobre 1982 in causa n. C-286/81, Procedimento penale a carico di *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, in *Raccolta*, 1982, p. 4575, punto 21.

nazionale¹⁸. In Italia, ad esempio, le norme del codice civile in materia di concorrenza sleale si applicano esclusivamente ai rapporti tra concorrenti. I consumatori possono agire soltanto innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per chiedere la cessazione di una pubblicità ingannevole e/o comparativa illegittima¹⁹. In Austria ed in Germania (ai sensi dei rispettivi *UWG -Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) le norme sulla concorrenza sleale o ingannevole, unitariamente considerate, proteggono e legittimano ad agire di fronte al giudice civile (*rectius*, commerciale in Austria) sia i consumatori, sia le imprese. In Danimarca e in Svezia (ai sensi, rispettivamente del *MPA - Marketing Practices Act* - e del *MA - Marknadsföringslagen*) le norme sulla concorrenza sleale tutelano gli interessi dei consumatori e delle imprese, ma sono applicate da un organo pubblico indipendente, il *Consumer Onbudsman*.

La Direttiva n. 2005/29/Ce consente agli Stati membri, per un periodo di sei anni, di continuare ad applicare disposizioni nazionali più dettagliate o restrittive di quelle in essa previste, in attuazione di preesistenti direttive contenenti clausole di armonizzazione minima (art. 3, par. 5-6). In sede di revisione della stessa Direttiva, peraltro, la deroga temporale all'armonizzazione totale potrebbe essere prorogata per un ulteriore periodo "limitato", non meglio definito. Come correttivo alla deroga, la Direttiva prevede che le eventuali misure nazionali più restrittive²⁰ siano essenziali e proporzionali al raggiungimento di una «adeguata protezione dei consumatori da pratiche commerciali sleali»²¹. Sia pure al fine di mantenere un "adeguato" livello di protezione dei consumatori negli Stati membri e di consentir loro «di gestire al meglio il passaggio da un'armonizzazione minima ad un'armonizzazione completa»²², la certezza giuridica e la semplificazione legislativa dovranno attendere almeno altri otto anni prima di essere pienamente realizzate. Certo, rivedere ed armonizzare tutto il diritto dei consumatori nel campo delle pratiche commerciali sarebbe stata un'impresa ardua e laboriosa. Anche se le esigenze politiche, le pressioni delle *lobby* e le difficoltà di soddisfare e bilanciare diversi interessi hanno consigliato al legislatore comunitario di procedere in modo adeguato, l'art. 3, par. 5, indebolisce la *vis* applicativa della Direttiva e rallen-

¹⁸ Per vero, il *considerando* 8 della Direttiva afferma che «la Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un'azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti della concorrenza sleale».

¹⁹ Dlgs n. 74 del 25 gennaio 1992, come modificato dal dlgs n. 67 del 25 febbraio 2000 e dalla l. n. 49 del 6 aprile 2005.

²⁰ Ad esempio l'art. 8 della direttiva n. 1994/44/Ce sulla vendita e le garanzie nei beni di consumo.

²¹ La portata di tale correttivo alla deroga all'armonizzazione è pericolosamente limitata dal ricorso ad una tutela "adeguata" e non "elevata" dei consumatori.

²² Così la Commissione europea nella comunicazione al Parlamento europeo, COM(2004)753 definitivo del 16 novembre 2004.

ta il raggiungimento degli obiettivi che ne hanno ispirato l'emanazione. La figura del «*confident [European] consumer*»²³, ammesso che si voglia creare una tale figura, tarderà ancora a delinearsi nel mercato interno. La Direttiva, che pur si propone di offrire un quadro di riferimento unitario per semplificare la pre-esistente legislazione a tutela dei consumatori, continua a richiedere alle imprese di verificare le diverse legislazioni nazionali applicabili prima di commercializzare i prodotti in altri Stati membri.

La Direttiva specifica che, in caso di contrasto tra le proprie norme ed altre disposizioni comunitarie su alcuni aspetti particolari delle pratiche commerciali sleali, prevarranno tali ultime disposizioni specifiche (art. 3, par. 4).

3. Mercato interno e legge applicabile

La Direttiva mira ad offrire un quadro di riferimento unico ed a stabilire un *level playing field* nel mercato interno in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (*considerando* 5), integrando le esistenti regole comunitarie applicabili alle pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori (*considerando* 10). Dal 13 dicembre 2007, al più tardi, si applicheranno nel mercato le stesse regole nel settore armonizzato dalla Direttiva, ovunque si trovino consumatori ed imprese. Nel contempo, il legislatore comunitario, attento alle esigenze della tutela dei consumatori e della libertà di circolazione nel mercato interno, proibisce agli Stati membri di usare le disposizioni della Direttiva come scudo per ostacolare la libera circolazione di merci e servizi (art. 4) e specifica che il diritto dei consumatori ai mezzi di ricorso è «indipendente dal fatto che essi si trovino nel territorio dello Stato membro ove è stabilito il professionista ovvero in un altro» (art. 11).

La Direttiva non adotta il principio del mutuo riconoscimento²⁴ e del Paese d'origine previsti nella proposta di direttiva²⁵. L'accoglimento del principio del Paese d'origine avrebbe potenzialmente assicurato alle imprese una mag-

²³ S. WEATHERILL, *The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer?* in H.W. MICKLITZ (cur.) *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Baden Baden, 1996. Per una critica alla teoria del "confident consumer" come fondamento del diritto comunitario dei consumatori vedasi T. WILHELMSSON, *The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 317 ss.

²⁴ Il principio del mutuo riconoscimento è utilizzato nella direttiva n. 89/552/Cee, «sulla televisione senza frontiere» in *Guce* n. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23 (artt. 2, lett. a., n. 1, 22 e 22a) e nella direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico (art. 3, par. 1 e 2). In queste due direttive, peraltro, gli Stati membri possono derogare al principio di mutuo riconoscimento a tutela dei minori (nella direttiva sulla televisione senza frontiere) o per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela dei minori, lotta alle discriminazioni razziali, tutela della dignità umana, salute pubblica e tutela dei consumatori (nella direttiva sul commercio elettronico). Sulla pubblicità televisiva vedasi la comunicazione interpretativa della Commissione, in *Gu-Ue* n. C 102 del 28 aprile 2004, p. 2 e A. WILLIS, *Advertising without frontiers*, in *Ent. L.R.*, 2004, p. 193 ss.

²⁵ Art. 4, par. 1 della proposta di direttiva.

giore certezza del diritto, diminuito i loro costi legali, eliminato gli effetti delle differenze legislative "residue" all'armonizzazione introdotta dalla Direttiva, offrendo, contemporaneamente, agli operatori del diritto un'altra occasione per rendere il loro diritto nazionale sempre più europeo. Tale principio, tuttavia, sarebbe stato contrario all'obiettivo di far convergere le norme sostanziali a tutela dei consumatori nei vari Stati membri, ed avrebbe permesso alle imprese di operare nello Stato più permissivo, introducendo nuove distorsioni alla concorrenza a danno delle imprese e dei consumatori²⁶.

4. Divieto delle pratiche commerciali sleali

L'art. 5 è il fulcro della Direttiva. Esso impone ai professionisti un divieto generale di pratiche commerciali sleali e suddivide le pratiche commerciali in due categorie: ingannevoli ed aggressive.

Il divieto si limita ad affermare che «le pratiche commerciali sleali sono vietate» (art. 5, par. 1). Questa formulazione ha l'indubbio vantaggio di adeguarsi facilmente alla costante evoluzione delle tecniche di promozione e vendita, ma potrebbe essere di non facile applicazione se il legislatore comunitario non avesse anche indicato due criteri per valutare l'eventuale slealtà di una pratica commerciale (art. 5, par. 2). In particolare, una pratica commerciale è sleale, e quindi vietata, se:

1. è contraria alle norme di diligenza professionale.

Nella definizione della Direttiva per «diligenza professionale» si intende, «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio di buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori» (art. 2, lett. h.). Seppure il richiamo alla diligenza professionale rifletta la nozione di corretta condotta professionale presente nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri²⁷, l'astrattezza e la presenza di numerosi elementi soggettivi nel-

²⁶ Per una critica al principio del Paese d'origine vedasi S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss., p. 688 e, della stessa autrice, *La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 5 ss., p. 21 ss. Vedasi pure la *Position of the European Group of Private International Law on the draft directive of the European Parliament and Council on services in the internal market* del 23 novembre 2004, disponibile su <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/DirBolkestein/DirservicesE.html>.

²⁷ Il concetto di diligenza professionale ovvero di correttezza e buona fede è noto ai sistemi di diritto privato continentale (ad esempio: artt. 1176, 2° comma e 2598 n. 3 del nostro codice civile) e corrisponde al *test* dello *standard of care* nella valutazione del *tort* nel *common law*, vedasi a riguardo R. BRADGATE - R. BROWNWORD - C. TWIGG-FLESNER, *The Impact of Adopting a Duty to Trade Fairly*, luglio 2003, disponibile sul sito <http://dtiinfo1.dti.gov.uk/ccp/topics1/pdf1/unfair-report.pdf>.

la definizione comunitaria renderanno difficile al consumatore provare la contrarietà di una pratica commerciale alla diligenza professionale.

2. *falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio o che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori («the consumer detriment» test).*

"Falsare" non sembra essere il verbo più appropriato per descrivere il concetto *de quo*. La versione inglese della Direttiva usa la locuzione «*to materially distorts*», la versione francese «*altération substantielle*», la versione tedesca «*wesentliche Beeinflussung*». In ogni caso, il comportamento del consumatore è «falsato», secondo la definizione della Direttiva, quando una pratica commerciale è «*idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*» (art. 2, lett. e.).

Una pratica è quindi sleale quando il professionista pone in essere una pratica commerciale che:

1. non rispetta gli *standard* di correttezza professionali richiesti e/o diffusi nel suo settore;

2. è tale da influenzare significativamente il comportamento economico del consumatore medio, impedendogli di valutare serenamente e con cognizione di causa una proposta commerciale, inducendolo ad assumere una decisione economica che, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, non avrebbe altrimenti preso. È interessante notare che la Direttiva definisce soltanto la nozione di consumatore²⁸, ma si riferisce più volte al concetto di «consumatore medio»²⁹, sviluppato nella giurisprudenza comunitaria per bilanciare, alla luce del principio di proporzionalità, le esigenze della libera circolazione delle merci con quelle di tutela dei consumatori³⁰. Il *considerando*

²⁸ La definizione di consumatore (ovvero «*qualsiasi persona fisica che (...) agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale*») della Direttiva (art. 2, lett. a. non presenta alcuna novità rispetto a precedenti strumenti normativi e alla giurisprudenza comunitari. Sulla nozione di consumatore in dottrina vedasi G. PIZZOLANTE, *La nozione di «consumatore» nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 319 ss. In giurisprudenza vedasi le sentenze della Corte di giustizia del 22 novembre 2001 in cause riunite n. C-541/99 e n. C-542/99, *Cape s.n.c. c. Idealservice srl e Idealservice MN RE Sas c. OMAI Srl*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9049 e in questa *Rivista*, 2002, 63 con nota di E. ADOBATI, *Per la direttiva n. 93/13/Cee le persone giuridiche non sono «consumatori»*, p. 65 ss. e commento di E. GRAZIUSO *Un'ulteriore pronuncia della Corte di giustizia sulla nozione di consumatore*, p. 67 ss.; del 3 luglio 1997 in causa n. C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit Srl*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3767 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 509 con nota di A. GRATANI, *La nozione di «consumatore» nella Convenzione di Bruxelles*, p. 510 ss.

²⁹ Artt. 5, par. 2, lett. b.; 6, par. b1; 7, par. 1 e 8 della Direttiva.

³⁰ Vedasi E. ALEXANDRIDOU, *Advertising in the Internal Market - A Few Remarks* in L. KRÄMER - H. W. MICKLITZ - K. TONNER (cur.) *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, *Liber amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 409 ss.; S. WEATHERILL, *Recent case law concerning the free movements of goods: mapping out the frontiers of market de-*

18 spiega, infatti, che la nozione di consumatore si riferisce ad un «virtuale consumatore tipico», ovvero al «*consumatore medio (...) normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto*, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia». Tale definizione, che riprende la nota formula giurisprudenziale usata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gut Springenheide*³¹, stabilisce un livello di informazione ed attenzione del consumatore molto alto, che raramente corrisponde all'autentico livello di attenzione ed informazione del consumatore nella valutazione di una pratica commerciale³². Non sarà, così, tutelato dalla Direttiva il consumatore distratto o quello che non si informa (o non percepisce esattamente le informazioni) sui prodotti o servizi oggetto delle pratiche commerciali o quello che ingenuamente si lascia convincere da una pubblicità evidentemente iperbolica o si lascia trasportare da fattori psicologici nella scelta dei prodotti da acquistare. La presenza della definizione di «consumatore medio» nei *considerando* e non nell'articolato della Direttiva, tuttavia, fa sperare che le autorità giudicanti nazionali non si ancorino rigidamente alla formula usata dalla giurisprudenza comunitaria e individuino il «consumatore medio» con effettivo riferimento alla realtà del caso concreto e al contesto economico, sociale e culturale nel quale essa si inserisce.

Qualora alcune caratteristiche, «quali età, infermità fisica o mentale o ingenuità», rendano soltanto un gruppo di consumatori «particolarmente vulnerabile» ad una pratica commerciale o al prodotto cui essa si riferisce, ed il

regulation, in *CMLR*, 1999, p. 51 ss.; S. WEATHERILL, *Consumer Policy*, in P. CRAIG - G. DE BÚRCA (cur.) *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 699 ss.; L. GRADONI, *Libera circolazione delle merci, denominazioni ingannevoli e tutela della salute. Alcune osservazioni sul diritto dei consumatori in margine al caso Darbo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 851 ss.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 1998 in causa n. C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4567, punto 31 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 640, con riferimento alla legislazione comunitaria sulla commercializzazione delle uova e la possibile ingannevolezza per i consumatori tedeschi della descrizione riportata sulla confezione delle uova commercializzate da Gut («10 uova fresche - 6 cereali»). Si vedano pure le sentenze della Corte di giustizia del 13 gennaio 2000 in causa n. C-220/98, *Estée Lauder c. Lancaster*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 117, punto 30; del 6 luglio 1995 in causa n. C-470/93, *Mars, cit. supra*, nota 17; del 4 aprile 2000 in causa n. C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e V. c. Adolf Darbo AG*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2297, punti 33-34 e dispositivo. Sul concetto di consumatore medio, come utilizzato nel diritto dei consumatori e nel diritto della proprietà intellettuale comunitario, vedasi J. DAVIS, *Locating the Average Consumer: his Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law*, in *I.P.Q.*, 2005, p. 183 ss.

³² Vedasi sul tema gli interessanti studi di psicologia cognitiva applicati al diritto, ad esempio, C. JOLLS - C. R. SUNSTEIN - R. THALER, *A Behavioural Approach to Law and Economics*, in *Stan. L. Rev.*, 1998, p. 1471 ss.; C. R. SUNSTEIN, *Behavioural Analysis of Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1997, p. 1175 ss.; N. K. MALHOTRA, *Information Load and Consumer Decision Making*, in *J. Consumer Res.*, 1982, p. 419 ss.; J. JACOBY, *Perspectives on Information Overload*, in *J. Consumer Res.*, 1984, p. 432 ss.; N. K. MALHOTRA, *Information Load and Consumer Decision Making*, in *J. Consumer Res.*, 1982, p. 419 ss.; A. TVERSKY - D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, p. 1124 ss.; A. TVERSKY - D. KAHNEMAN, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psych.*, 1973, p. 207 ss.; R. WOODS, *Exploring the emotional territory for brands*, in *Journal of Consumer Behaviour*, 2004, p. 388 ss.

professionista poteva ragionevolmente prevederlo, si farà riferimento al soggetto medio che rappresenta tale gruppo di consumatori (*considerando* 19)³³. Il ricorso alla nozione di «consumatore vulnerabile» mira a diminuire la rigidità del concetto di consumatore medio ma introduce nuove difficoltà ed incertezze nell'applicazione della Direttiva. Non è facile definire un consumatore in relazione a caratteristiche quali «età», «infermità fisica» o «ingenuità», né è ragionevole richiedere alle imprese di valutare la lealtà delle loro pratiche commerciali in relazione ad un non ben definito gruppo di consumatori vulnerabili. Forse che un ottuagenario su una sedia a rotelle è un consumatore meno attento di un baldo ventenne sui *rollerblade*? Come si definisce e come si misura l'ingenuità? I soggetti con scarsa formazione scolastica, o quelli che versano in difficili condizioni economiche, ricadono nella categoria dei consumatori vulnerabili?

In ogni caso, i due criteri della diligenza professionale e del «*consumer detriment*», rigorosi nella loro flessibilità, serviranno soltanto quando una pratica commerciale non sia ingannevole o aggressiva o non sia indicata nell'allegato 1 alla Direttiva, che descrive ed elenca in maniera esaustiva le pratiche commerciali considerate sempre sleali, indipendentemente da qualsiasi prova (la c.d. *lista nera*). La lista nera semplificherà l'applicazione della Direttiva e garantirà maggiore certezza del diritto alle imprese, ai consumatori ed agli operatori del diritto, consentendo di individuare facilmente (e, per le imprese, di evitare) alcune pratiche commerciali *per se* sleali.

Il divieto di pratiche commerciali sleali si applica sia alla fase promozionale, ossia al periodo che precede la conclusione di un'operazione commerciale, sia alla fase post-vendita di un prodotto, come nel caso della gestione dei reclami e dell'assistenza post-vendita e (art. 3, par. 1). Così, secondo la lista nera, costituisce una pratica commerciale sleale (ingannevole) far credere al consumatore di offrirgli il servizio di assistenza post-vendita nella sua lingua, o nel suo Stato, e, dopo la conclusione dell'operazione commerciale, offrire il servizio in un'altra lingua (punto 8) o in un altro Stato (punto 23).

5. Pratiche commerciali ingannevoli

Le pratiche commerciali ingannevoli contengono informazioni non veritiere o comunque idonee nel loro complesso, anche se corrette, ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non a-

³³ Nel caso *Buet, cit. supra*, nota 17, la Corte di giustizia ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario una legge francese che vieta la vendita porta a porta di materiale didattico, perché i soggetti interessati a tale pratica commerciale fanno spesso parte di «una categoria di persone che, per un motivo o per l'altro, hanno un ritardo nella loro formazione e cercano di colmarlo» e sono, dunque, «particolarmente vulnerabili».

vrebbe altrimenti preso (art. 6, par. 1). La definizione ed i criteri di individuazione delle pratiche commerciali ingannevoli³⁴, nonché gli esempi contenuti nella lista nera, accentuano il diritto del consumatore ad una corretta e completa informazione.

Le pratiche commerciali ingannevoli possono essere realizzate sia con azioni sia con omissioni. Le azioni ingannevoli sono relative (art. 6, par. 1):

- a. all'esistenza o alla natura del prodotto;
- b. alle caratteristiche di un prodotto (qualità, provenienza geografica etc.);
- c. agli impegni del professionista, ai motivi della pratica commerciale, alla natura del processo di vendita, a qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione diretta o indiretta del professionista o del prodotto;
- d. al prezzo, al calcolo del prezzo o all'esistenza di specifici vantaggi sul prezzo;
- e. alla necessità di manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto;
- f. alle informazioni sul professionista;
- g. ai diritti del consumatore o i rischi ai quali questi può essere esposto.

La Direttiva inserisce tra le pratiche commerciali ingannevoli anche le attività di *marketing*, compresa la pubblicità comparativa, che ingenerano confusione con i prodotti o i segni distintivi di un concorrente (art. 6, par. 2, lett. a.).

Le omissioni ingannevoli sono le pratiche commerciali che, considerate le circostanze del caso concreto, omettano informazioni rilevanti ovvero occultino o presentino in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo tali informazioni, inducendo il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 7, par. 1-2).

La Direttiva specifica che, nel valutare se vi sia stata un'omissione ingannevole, occorre tener conto delle restrizioni spaziali o temporali del mezzo di comunicazione adottato nella pratica commerciale e delle misure eventualmente adottate dal professionista per rendere comunque le informazioni disponibili ai consumatori (art. 7, par. 3). Questa precisione dimostra l'attenzione del legislatore comunitario (e le difficoltà nel bilanciare contrastanti interessi) nei confronti delle imprese e dei pubblicitari, che pur devono poter far pubblicità e non fornire un arido bollettino informativo sul prodotto, ma può rendere difficile ai consumatori la prova della slealtà della pratica commerciale.

La Direttiva reca anche le disposizioni particolari per le pratiche commerciali relative all'invito all'acquisto, specificando che esso deve contenere le informazioni relative alle caratteristiche principali del prodotto, all'indirizzo e all'identità del professionista, al prezzo (eventualmente comprensivo

³⁴ Essi sono parzialmente ripresi, per esigenza di organicità e continuità legislativa, dalle disposizioni della direttiva n. 84/450/Ce sulla pubblicità ingannevole e comparativa, *cit. supra*, nota 2.

di imposte e/o di spese di trasporto) del prodotto, alle modalità di pagamento, alla consegna, al trattamento dei reclami (sebbene solo «qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale») e all'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto (art. 7, par. 4).

Secondo la lista nera, sono considerate sempre ingannevoli e vietate *tout court*, per esempio, le dichiarazioni del tipo:

«camicie a 10 Euro» quando, in relazione all'«entità della pubblicità fatta», il professionista non sia in grado di fornire quei prodotti a quel prezzo e in quantità ragionevole in un certo periodo di tempo (*bait advertising* ovvero pubblicità propagandistica, punto 5 dell'allegato 1);

«x a prezzo y solo per oggi», quando si tratta di una dichiarazione falsa mirata ad indurre il consumatore ad acquistare un prodotto senza rifletterci troppo (punto 7);

«garanzia di due anni dall'acquisto del prodotto», ovvero presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista (punto 10);

«da ricerche di laboratorio indipendenti emerge che ... », ovvero impiegare contenuti redazionali nei *media* per promuovere un prodotto, senza precisare, o far capire al consumatore che si tratti di una promozione pubblicitaria del professionista (punto 11);

«soldi sicuri subito? fai conoscere i nostri prodotti ai tuoi amici!», ovvero «avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un *contributo* in cambio della possibilità di ricevere un *corrispettivo* derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti» (punto 14). Le imprese non potranno più ricorrere ai sistemi di *multilevel marketing* (c.d. vendita piramidale), per promuovere o vendere i loro prodotti³⁵. L'impresa che voglia servirsi di numerosi soggetti, capillarmente diffusi sul territorio, per vendere i propri prodotti, dovrà conferir loro un incarico giuridicamente qualificato e non potrà più chieder loro di pagare (ovvero di acquistare un certo quantitativo di prodotto, il c.d. «*starter kit*») per entrare in un sistema di vendita basato sulla capacità dei venditori di «reclutare» altri venditori e non sulle vendite del prodotto ai consumatori finali o intermedi.

«chiudo/rinnovo e svendo tutto», ove il professionista non stia effettivamente per chiudere, traslocare o rinnovare i locali (punto 15);

«da pagare entro 15 giorni dal ricevimento», ovvero l'includere nel materiale promozionale una richiesta di pagamento che dia al consumatore l'impressione di aver già ordinato il prodotto propagandato (punto 21).

³⁵ Vedasi in Italia la l. n. 173 del 17 agosto 2005 sulla disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, in *Guri* n. 204 del 2 settembre 2005.

In via esemplificativa, e per ragioni di organicità e chiarezza, l'allegato 2 alla Direttiva richiama gli obblighi di informazione previsti in precedenti direttive³⁶.

6. Pratiche commerciali aggressive

Il concetto di pratiche commerciali aggressive è una novità introdotta della Direttiva. Le pratiche commerciali sono considerate aggressive quando mediante molestie, coercizione o indebito condizionamento³⁷ limitano, o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso (art. 8 e *considerando* 16). La Direttiva intende così proteggere il consumatore da tutte quelle pratiche che, pur non assurgendo a violenza o a minaccia, fanno leva sulla sensibilità, le emozioni, le condizioni, gli stati d'animo o semplicemente la pazienza del consumatore, limitando considerevolmente le sue capacità decisionali ed impedendogli di assumere una decisione economica consapevole ed attenta.

L'art. 9 suggerisce, al fine di individuare l'eventuale aggressività di una pratica commerciale, di considerare i seguenti elementi:

a. *i tempi, il luogo, la natura o la persistenza della pratica commerciale.*

La lista nera include tra le pratiche sleali l'«effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o me-

³⁶ La Direttiva richiama, in particolare, gli obblighi contenuti nelle direttive sui contratti a distanza, sui viaggi tutto compreso, sul diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, sulla indicazione dei prezzi, sui medicinali per uso umano, sul commercio elettronico, sul credito al consumo, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari (*cit. supra*, note 2 e 3), sulle società di gestione e i prospetti semplificati (direttiva n. 2001/107/Ce del Parlamento e del Consiglio che modifica la direttiva n. 85/611/Cee del Consiglio concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) al fine di regolamentare le società di gestione e i prospetti semplificati, in *Guce* n. L 41 del 13 febbraio 2002, p. 20), sull'intermediazione assicurativa (direttiva n. 2002/92/Ce del Parlamento e del Consiglio sull'intermediazione assicurativa, in *Guce* n. L 9 del 15 gennaio 2002, p. 20), sull'assicurazione sulla vita (direttiva n. 2002/83/Ce del Parlamento e del Consiglio relativa all'assicurazione sulla vita, in *Guce* n. L 345 del 19 dicembre 2002, p. 1, modificata dalla direttiva n. 2004/66/Ce del Consiglio, in *Guce* n. L 168 del 1° maggio 2004, p. 35), sui mercati degli strumenti finanziari (direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari, in *Guce* n. L 145 del 30 aprile 2004, p. 1), sull'assicurazione non vita (direttiva n. 92/49/Cee del Parlamento e del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, in *Guce* n. L 228 del 18 giugno 1992, p. 1, modificata dalla direttiva n. 2002/87/Ce del Parlamento e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 35 dell'11 febbraio 2003, p. 1), sul prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione degli strumenti finanziari (direttiva n. 2003/71 del Parlamento e del Consiglio relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione degli strumenti finanziari, in *Gu-Ue* n. L 345 del 31 dicembre 2003, p. 64).

³⁷ La Direttiva definisce indebito condizionamento «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» (art. 2, lett. j.).

dianche altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale» (punto 26). Così non è *per se* aggressiva la promozione per telefono che permetta al consumatore di scegliere se continuare ad essere «informato» sul prodotto e che si rivolge soltanto a consumatori che abbiano previamente acconsentito a ricevere promozioni telefoniche. Sarà, per ipotesi, aggressiva, invece, una voce automatica che propone alla «vittima-consumatore» un acquisto per telefono ogni giorno, tre volte al giorno per un mese e che consente al consumatore di liberarsi da tale voce soltanto non rispondendo al telefono, violando, potenzialmente, oltre alla Direttiva, anche le norme a tutela dei dati personali³⁸.

La norma si riferisce genericamente alla «natura» della pratica commerciale, e non anche al «mezzo» utilizzato (ad esempio: telefono, posta, *internet*)³⁹.

b. *il ricorso alla minaccia fisica o verbale.*

È sicuramente aggressivo ricorrere alla minaccia fisica o verbale nel commercializzare un prodotto. La lista nera precisa che costituisce una pratica commerciale aggressiva anche il «creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto» (punto 24). Non costituiscono invece pratiche commerciali sleali gli incentivi

³⁸ In Italia, l'art. 130 del codice in materia di protezione dei dati personali (dlgvo n. 196 del 30 giugno 2003) prevede che l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore, del fax, della posta elettronica, o di messaggi *sms* o *mms*, ai fini dell'invio di materiale pubblicitario, della vendita diretta, o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, «è consentito con il consenso dell'interessato» (c.d. *opt-in*). Quanto alle promozioni telefoniche, gli abbonati telefonici possono decidere, in forma specifica e documentata per iscritto, se desiderano ricevere informazioni commerciali o promozionali, nel qual caso l'indirizzo o il numero telefonico verrà contrassegnato sugli elenchi telefonici da uno speciale simbolo (vedasi il comunicato stampa del Garante per la protezione dei dati personali del 26 gennaio 2005). Al contrario, negli Stati Uniti, sulla base del *CAN-SPAM Act (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act)*, in vigore dal 1° gennaio 2004, è prevista una "*do not call list*" e si è optato per un sistema di *opt-out* (non è previsto alcun consenso preventivo, ma i destinatari di una comunicazione non desiderata possono chiedere al mittente di non inviarne altre in futuro). Per un confronto tra il sistema europeo e il sistema americano in materia di comunicazioni indesiderate, vedasi W. FRITZMEYER - A. LAW, *The Can-Spam Act - Analysed from a European Perspective*, in *C.T.L.R.* 2005, p. 81 ss.

³⁹ Alle comunicazioni promozionali non sollecitate effettuate tramite *internet*, si applica l'art. 9 del dlgvo n. 70/2003 del 9 aprile 2003 sul commercio elettronico e l'art. 130 del codice in materia di protezione dei dati personali. Sullo *spamming* vedasi A. STAZI, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del d.lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo "Codice in materia di protezione dei dati personali"*, in *Riv. Inf. e informatica*, 2003, p. 1001 ss. e A. LEVI - F. ZANICHELLI, *L'utilizzo dell'e-mail a fini pubblicitari: dallo «spamming» al «permission marketing»*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, p. 194 ss. Su *internet* e le pratiche commerciali sleali in generale vedasi S. PERON, *Concorrenza sleale on-line: rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, p. 73 ss.; C. ASPRELLA, *Brevi cenni su Internet, concorrenza sleale e giudice competente per territorio*, in *Giur. Merito*, 2001, p. 916 ss.; G. BONOMO, *Il nome di dominio e la relativa tutela. Tipologia delle pratiche confusorie in internet*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, p. 247 ss.; F. SEBASTIO, *Libera concorrenza, pubblicità e concorrenza sleale, decettività del marchio*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 703 ss.; L. ALBERTINI, *Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 259 ss.

quali l'offerta di una bevanda o il trasporto gratuito fino ai locali commerciali del professionista⁴⁰.

c. *lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto.*

Questa norma potrebbe avere degli interessanti risvolti nella giurisprudenza. Il professionista cerca sempre di approfittare delle situazioni particolari in cui si trova il consumatore per commercializzare un prodotto. In che misura tale comportamento assurgerà a sfruttamento idoneo a realizzare una pratica commerciale aggressiva dipenderà dalle circostanze del caso concreto. La lista nera include tra le pratiche commerciali sempre aggressive anche l'«informare esplicitamente il consumatore che se non acquista il prodotto o servizio sarà in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista» (punto 30).

d. *qualsiasi ostacolo non contrattuale oneroso o sproporzionato creato dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;*

e. *qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa.*

Tra le pratiche commerciali *per se* aggressive previste nella lista nera c'è anche la fornitura non richiesta⁴¹, consistente nell'«esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto» (punto 29).

7. Codici di condotta

Sebbene i codici di condotta, fonti di *soft law* ed espressione dell'autoregolamentazione privata⁴², siano definiti e più volte menzionati nella Direttiva, e su di essi si sia ampiamente discusso nel Libro Verde e nel *Follow-up*⁴³, il legislatore comunitario non ha osato incoraggiarne direttamente l'uso, né ha attribuito ad essi un ruolo centrale nella prevenzione e risoluzione di contro-

⁴⁰ Punto 54 della relazione alla proposta di direttiva.

⁴¹ La fornitura non richiesta era vietata dall'art. 9 della Direttiva sui contratti a distanza.

⁴² Secondo G. FLORIDIA, l'autoregolamentazione è «un fenomeno paranormativo che postula l'abbandono dell'idea secondo la quale nello stato è collocata la fonte esclusiva delle norme giuridiche», così in *Il contratto di autodisciplina dell'informazione*, in *Riv. inf. e informatica*, 1991, p. 491 ss. Sull'autoregolamentazione ed il codice di autodisciplina italiano vedasi pure A. PEDRIALI, *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. inf. e informatica*, 1994, p. 547 ss.; V. GUGGINO, *Considerazioni intorno alla natura dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1989, p. 331 ss.

⁴³ Vedasi anche lo studio «Lex Fori» (*Lex Fori study to identify best practice in the use of soft law and to analyse how this best practice can be made to work for consumers in the EU*), disponibile sul sito <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

versie relative a pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

La Direttiva si limita a riconoscere l'esistenza di codici di condotta⁴⁴ e di procedimenti innanzi ai responsabili di tali codici⁴⁵, che possono aggiungersi, ma non sostituirsi, ai procedimenti giudiziari o amministrativi previsti nei singoli Stati membri per risolvere dispute tra imprese e consumatori aventi ad oggetto pratiche commerciali sleali. Gli Stati membri, secondo la Direttiva, «possono incoraggiare» il controllo esercitato dai responsabili dei codici di condotta (art. 10), ma non sono espressamente tenuti a farlo.

Considerata l'esperienza positiva in tema di autoregolamentazione delle pratiche commerciali maturata in molti Stati membri⁴⁶, la Direttiva avrebbe potuto con più forza promuovere il ricorso ad essi e/o l'adozione di un codice di livello europeo, in modo da sviluppare degli *standard* riconosciuti ed applicati spontaneamente dai professionisti, magari accettati e/o elaborati anche dalle organizzazioni dei consumatori, piuttosto che previsti a livello normativo⁴⁷. La posizione di mero riconoscimento adottata dalla Direttiva nei confronti dei codici fa sì che, nei paesi dove essi non siano già usati, i codici di condotta non saranno particolarmente incentivati e le parti interessate (imprese e consumatori) non saranno direttamente coinvolte nel processo che porta alla formazione di *standard* comuni (e comunitari) sulle pratiche commerciali leali⁴⁸.

Sembra esservi un riconoscimento sostanziale dei codici di condotta nell'art. 6, par. 2, lett. b., che considera una pratica commerciale ingannevole il mancato rispetto del codice di condotta da parte del professionista che lo abbia sottoscritto, quando si tratta di impegni precisi e verificabili ed il professionista abbia dichiarato nella pratica commerciale di vincolarsi al codice. Dalla formulazione della norma sembra, tuttavia, che non sia ingannevole il

⁴⁴ La Direttiva definisce il «codice di condotta» come «un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici» (art. 2, lett. f.).

⁴⁵ La Direttiva definisce il «responsabile del codice» come «un qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo» (art. 2, lett. g.).

⁴⁶ Vedasi il codice di autodisciplina pubblicitaria in Italia (www.iap.it), il *British Code of Advertising and Sales Promotion* nel Regno Unito (http://www.asa.org.uk/asa/codes/cap_code/), i principi EASA (Alleanza Europea per l'Etica in Pubblicità) a livello europeo (<http://www.easa-alliance.org/>), l'*International Code on Advertising Practices* della Camera di Commercio Internazionale (ICC), a livello internazionale (http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/advercod.asp).

⁴⁷ Sul possibile ruolo dei codici di condotta nel diritto europeo delle pratiche commerciali vedasi G. HOWELLS, *Co-Regulation's Role in the Development of European Fair Trading Laws*, in H. COLLINS (cur.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, The Hague - London - New York, 2004, p. 119.

⁴⁸ Il *considerando* 20 della Direttiva, per vero, ha nei confronti dei codici di condotta un atteggiamento più incoraggiante ed evidenzia i possibili vantaggi, per i professionisti e i consumatori, del ricorso ad essi in alcuni settori economici specifici.

comportamento del professionista che violi le disposizioni di un codice a cui si è vincolato, se tale impegno non emerge espressamente dalla pratica commerciale. Questa interpretazione risponde ad esigenza di prova, ma limita la portata e l'importanza dei codici di condotta, a cui si dà rilievo soltanto se il professionista dichiara espressamente di aderirvi nella pratica commerciale. In ogni caso, sul piano dell'autoregolamentazione, le norme di un codice di condotta sono vincolanti per i professionisti che li sottoscrivono anche se questi non esternino la loro adesione al codice⁴⁹. Nella giurisprudenza italiana, addirittura, le regole del codice di autodisciplina pubblicitaria vengono ormai riconosciute come «regole di correttezza professionale», ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c., indipendentemente dalla sottoscrizione di alcun codice da parte degli operatori pubblicitari⁵⁰.

La lista nera considera ingannevole anche l'affermare falsamente di essere firmatario di un codice (punto 1) o che un codice sia approvato da un organismo pubblico o di altra natura (punto 3), ovvero asserire che un professionista o un prodotto sia stato accettato da un organismo pubblico o privato, quando ciò non sia vero o non siano rispettate le condizioni dell'approvazione, dell'accettazione o dell'autorizzazione ricevuta (punto 4).

8. Applicazione della Direttiva e sanzioni

La Direttiva contiene anche disposizioni relative alla sua applicazione negli Stati membri, con riferimento alla legittimazione attiva, all'autorità competente ed alle sanzioni (artt. 11-13).

Quanto alla legittimazione attiva, possono promuovere un'azione contro una pratica commerciale sleale le persone o le organizzazioni che, secondo il diritto nazionale, abbiano un legittimo interesse ad agire, «inclusi i concorrenti» (art. 11, par. 1). La Direttiva protegge soltanto gli interessi economici dei consumatori, ma gli Stati membri potrebbero estendere anche alle imprese la legittimazione ad agire contro eventuali pratiche commerciali sleali. Tale scelta effettuata a livello nazionale accentuerebbe la contraddizione insita nella Direttiva che si occupa di proteggere i soli interessi economici dei consumatori in un ambito, quello delle pratiche commerciali sleali, che è intrinsecamente lesivo anche degli interessi economici delle imprese. La libertà di scelta in merito alla legittimazione di agire, inoltre, potrebbe introdurre nei vari Stati membri nuove

⁴⁹ Vedasi, ad esempio, le norme preliminari, lett. b., del codice di autodisciplina pubblicitaria italiana, disponibile su <http://www.iap.it/it/codice.htm>.

⁵⁰ Vedasi C. App. di Milano del 20 luglio 1999, *Federpietre c. Soc. Majorica*, in *Dir. Ind.*, 2000, p. 141 ss. e C. App. di Milano del 2 febbraio 2001, *Soc. Bayer c. Soc. Sirc Natural e Dietetic*, in *Gius.*, 2000, p. 197 ss.

differenze legislative e diversi livelli di protezione, per le imprese e i consumatori, in casi di concorrenza sleale.

Quanto alle autorità competenti e alle azioni esperibili, spetterà a ciascuno Stato membro decidere se instaurare il giudizio innanzi all'autorità giudiziaria o amministrativa o se ricorrere, «in via preliminare», a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, quali il ricorso agli organi di controllo previsti nei codici di condotta⁵¹. Come già osservato, nel disegno legislativo della Direttiva, quindi, il procedimento innanzi agli organi autoregolamentari non è mai alternativo rispetto a quello giudiziale, ma «preliminare», ovvero, nel caso in cui le autorità statali ed autoregolamentari tutelino diversi interessi, «aggiuntivo».

Agli Stati membri è rimessa la decisione circa la possibilità di esercitare le azioni giudiziarie singolarmente o congiuntamente contro più professionisti dello stesso settore economico, ovvero contro il responsabile del codice qualora il codice sia contrario alle norme nazionali che recepiscono la Direttiva.

Quanto ai rimedi, gli organi giudiziari amministrativi potranno ordinare, anche nell'ambito di procedimenti di urgenza, con effetti provvisori o definitivi, la cessazione della pratica commerciale sleale ovvero vietare che una pratica commerciale, previamente comunicata, sia posta in essere. Le autorità giudiziarie o amministrative possono anche far pubblicare la decisione o una dichiarazione rettificativa.

L'art. 11, par. 3 specifica che l'eventuale autorità amministrativa competente deve essere imparziale, vigilare e assicurare l'effettiva esecuzione delle sue decisioni e motivare «in linea di massima» le sue decisioni. Qualora l'autorità amministrativa sia l'unica responsabile del controllo delle pratiche commerciali sleali, le sue decisioni devono essere «sempre motivate» e «devono essere previste procedure in base alle quali l'esercizio improprio o ingiustificato dei poteri dell'autorità amministrativa e le omissioni improprie o ingiustificate nell'esercizio dei poteri stessi possano essere oggetto di ricorso giudiziale».

Secondo la Direttiva, gli Stati membri sono liberi di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali di adozione della Direttiva, purché esse siano «effettive, proporzionate e dissuasive» (art.

⁵¹ Nel "cyberspazio" si sono sviluppati sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, regolati da istituzioni private quali l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, vedasi <http://www.icann.org>), che controlla l'assegnazione e la gestione dei nomi di dominio, o la MAPS (*Mail Abuse Preventions System*, su cui vedasi <http://www.mail-abuse.com>), un'associazione "anti-spamming" che compila una *black list* degli utenti che usano la rete per inviare pubblicità o materiale non richiesto e che permette agli associati di non ricevere alcun messaggio dai soggetti *black-listed*, il CITDR (*Center for Information Technology and Dispute Resolution*, su cui vedasi <http://www.odr.info>), costituito da ricercatori e professori dell'*University of Massachusetts*, Amherst. Sull'*online alternative dispute resolution* (ODR) vedasi V. DE ROSA, *La Formazione di regole giuridiche per il "Cyberspazio"*, in *Riv. inf. e informatica*, 2003, p. 361 ss.; Y. FARAH, *Critical Analysis of Online Dispute Resolutions: the Optimist, the Realist and the Bewildered*, in *C.T.L.R.*, 2005, p. 123 ss.; gli atti del Forum sull'ODR organizzato dall'ONU il 30 giugno - 1° luglio 2003, disponibili su <http://www.odr.info/unece2003>.

13). Tale libertà, comunque, é limitata dal preciso impianto sanzionatorio previsto dall'art. 11, par. 3, costituito dall'inibitoria e dall'ordine di pubblicazione. Seppure il legislatore comunitario sia prudentemente attento a non urtare il principio di sussidiarietà, la previsione di diverse sanzioni nei diversi ordinamenti nazionali potrebbe rendere gravemente disomogenea l'effettiva applicazione della Direttiva nei venticinque Stati membri.

Gli Stati membri sono liberi di adottare i provvedimenti necessari per garantire l'applicazione della Direttiva (art. 13). In Italia, la Direttiva sarà probabilmente recepita con uno strumento legislativo che modificherà, integrandola, la disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa e, sulla sua applicazione, vigilerà l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Sarebbe auspicabile, tuttavia, che il nostro legislatore provvedesse a modificare le norme del codice civile sulla concorrenza sleale, legittimando ad agire anche i consumatori, garantendo l'organicità della disciplina delle pratiche commerciali sleali ed evitando duplicazioni di tutele e di possibili rimedi. Una pratica commerciale sleale (ad esempio: una pratica confusoria), può ledere sia gli interessi delle imprese concorrenti sia gli interessi dei consumatori. Esigenze di economia dei giudizi e di effettiva tutela di tutte le parti interessate alla lealtà delle pratiche commerciali richiederebbero che un'unica autorità fosse competente a pronunciarsi su di esse. D'altro canto, si potrebbe obiettare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha maturato una significativa esperienza nella tutela dei consumatori e delle imprese dalla pubblicità ingannevole e comparativa, e non sarebbe razionale disperdere tale patrimonio di conoscenze affidando l'applicazione della Direttiva all'autorità giudiziaria. Per rendere efficiente ed effettiva la tutela dei consumatori e delle imprese in ogni caso di concorrenza sleale, il nostro legislatore dovrebbe, quindi, intervenire contestualmente sul codice civile e sul decreto legislativo n. 74/1992, curando di stabilire dei chiari meccanismi di coordinamento tra le due normative e cercando di evitare la sovrapposizione di discipline e di rimedi.

9. Revisione della Direttiva

La Direttiva prevede una procedura di revisione delle norme in essa contenute, relativamente alla «possibilità di armonizzare e semplificare ulteriormente il diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori» (art. 18)⁵². La Commissione può presentare una relazione generale sull'applicazio-

⁵² Negli artt. 14-16, la Direttiva coordina ed integra le proprie disposizioni con alcune altre già esistenti nell'*acquis communautaire* in materia di pratiche commerciali sleali, con riferimento, in particolare, alla direttiva n. 84/450/Ce «sulla pubblicità ingannevole e comparativa (che adesso si applicherà solo alle imprese), alla direttive sui contratti a distanza e sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari alla direttiva sui provvedimenti inibitori (*cit. supra*, nn. 2, 3 e 4), e al regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla cooperazione tra le autorità nazionali re-

ne della Direttiva, eventualmente corredata da una proposta di revisione, facendo riferimento, in particolare:

- all'art. 3, par. 5 (disposizioni nazionali più dettagliate in attuazione di clausole minime contenute in altre direttive);
- all'art. 3, par. 9 (disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti in materia di servizi finanziari e beni immobili);
- all'art. 4 (mercato interno);
- all'allegato 1 (contenente la lista nera delle pratiche commerciali sleali).

Questa norma rivela l'obiettivo di lungo periodo del legislatore comunitario di armonizzare la disciplina delle pratiche commerciali tra imprese e consumatori in misura sempre maggiore e sempre più completa. La stessa norma mostra, però, la prudenza del legislatore che, neppure in fase di revisione della Direttiva, intende occuparsi degli interessi economici delle imprese nelle pratiche commerciali sleali.

10. Conclusioni

Se è vero che i consumatori sono «economicamente più deboli e meno esperti negli affari legali rispetto alla loro controparte professionale»⁵³ e che «il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione»⁵⁴, la Direttiva n. 2005/29/Ce è potenzialmente idonea a ridurre gli squilibri informativi tra le parti e a tutelare il consumatore contro le pratiche sleali poste in essere dalle imprese. Ancora una volta una Direttiva comunitaria offre agli Stati membri l'opportunità di modernizzare le loro legislazioni rendendole rispettose delle esigenze dei consumatori e delle imprese che operano correttamente sul mercato unico. La Direttiva semplificherà ed armonizzerà la disciplina normativa comunitaria in materia di pratiche commerciali contribuendo a migliorare il funzionamento del mercato interno e incoraggiando i consumatori ad effettuare più acquisti transfrontalieri con effetti benefici sulla concorrenza tra le imprese.

La Direttiva non si occupa, tuttavia, degli effetti delle pratiche commerciali sleali tra imprese, nonostante sia evidente che le pratiche commerciali tra imprese e consumatori siano l'altra faccia della medaglia delle pratiche com-

sponsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori») in *Gu-UE* n. L 364, p. 1 del 9 dicembre 2004.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002 in causa n. C-96/00, *Rudolf Gabriel*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6367, punto 39.

⁵⁴ Così nella sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2000 in cause riunite n. C-240/98 - n. C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA c. Rocio Marciano Quintero ed altri*, in *Raccolta*, 2000, I, 4941, punto 21.

mercili tra imprese⁵⁵. Se contro le pratiche commerciali sleali previste nella Direttiva potessero agire anche i professionisti, nel loro interesse e nell'interesse dei consumatori, si avrebbe, peraltro, un più efficiente controllo sulla sua effettiva applicazione. L'emanazione della Direttiva sarebbe stata una buona occasione per cominciare a disciplinare a livello comunitario anche il settore delle pratiche commerciali tra imprese. Continuando a distinguere tra concorrenza sleale con effetti negativi nei confronti dei consumatori e concorrenza sleale con effetti negativi nei confronti delle imprese, il legislatore comunitario oltre a fare un passo indietro rispetto alla direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa⁵⁶, introduce nuove frammentazioni a livello comunitario disattendendo le aspettative di maggiore certezza giuridica e semplificazione legislativa.

La Direttiva, inoltre, continua a consentire agli Stati membri di conservare, nell'ambito da essa armonizzato, sia pur per un periodo limitato, alcune disposizioni nazionali più restrittive di quanto da essa previsto, con ciò perpetuando, potenzialmente, la diversità di trattamento delle pratiche commerciali sleali nei vari Stati membri e limitando gli effetti dell'armonizzazione da essa introdotta.

La Direttiva ha smussato, ma non ha del tutto appianato, il frastagliato panorama legislativo comunitario e nazionale in tema di pratiche commerciali sleali. Il processo di armonizzazione in questo ambito dovrà ancora continuare a ritmo serrato, come le disposizioni sulla revisione della Direttiva lasciano intendere. Forse un regolamento, sul quale però sarebbe stato più difficile raggiungere un accordo, avrebbe meglio soddisfatto le esigenze del mercato unico e di tutela dei consumatori⁵⁷.

In ogni caso, 1. l'armonizzazione massima (anche se non assoluta) delle legislazioni nazionali nel settore delle pratiche commerciali tra imprese e consumatori, 2. l'interpretazione delle norme nazionali alla luce delle rilevanti direttive e dei principi di diritto comunitario, 3. una maggiore collaborazione ed

⁵⁵ Vedasi in questo senso le posizioni dell'Austria e della Germania sul *Follow-up*, disponibili sul sito <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

⁵⁶ L'art. 1 della direttiva sulla pubblicità ingannevole e comparativa, *cit. supra*, nota 2, recita[va]: «La presente direttiva ha lo scopo di tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale, dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa».

⁵⁷ Secondo G. ALPA, *Rules on Competition and Fair Trade* in H. COLLINS (cur.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, *cit. supra*, nota 47, p. 108, adottare un regolamento avrebbe evitato i problemi in termini di tempo e di discrepanze legislative derivanti dall'accoglimento delle direttive nei diversi Stati membri e avrebbe facilitato gli acquisti transfrontalieri. Di contro, L. ANTONIOLLI, *Consumer protection, fair dealing in marketing contracts and European contract law: a uniform law?*, in H. COLLINS (cur.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, *loc. cit.*, p. 282, ritiene che «Shifting to regulations may end up throwing away the baby with the bath water: it may well solve some uncertainties and discrepancies, but it has the major drawbacks of stifling the manoeuvring margin for national legal systems».

un proficuo scambio di informazioni tra le autorità nazionali competenti⁵⁸ nonché 4. l'eventuale ricorso all'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia contribuiranno alla creazione di una disciplina comunitaria unica nel settore delle pratiche commerciali, facendo sì che il diritto comunitario dei consumatori e delle imprese venga gradualmente armonizzato all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, senza imporre *ex abrupto* (troppe) regole dall'alto.

Rossella Incardona

⁵⁸ Vedasi il regolamento n. 2006/2004, *cit. supra*, nota 52.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 giugno 2006*

1. La riunione è stata preceduta da una relazione del signor Josep Borrell, Presidente del Parlamento europeo, e seguita da uno scambio di vedute.

I. L'Europa ascolta

2. Nel giugno 2005 i capi di Stato e di Governo hanno invitato a un periodo di riflessione durante il quale si sarebbe dovuto tenere in tutti gli Stati membri un ampio dibattito che coinvolgesse i cittadini, la società civile, le parti sociali, i parlamenti nazionali e i partiti politici, con il contributo delle istituzioni europee. Il Consiglio europeo si compiace delle varie iniziative prese negli Stati membri nel quadro dei dibattiti nazionali, nonché di una serie di eventi organizzati dalla presidenza austriaca, in particolare la conferenza «Il suono dell'Europa», tenutasi a Salisburgo il 27/28 gennaio 2006. Il Consiglio europeo esprime la sua gratitudine alla Commissione per aver contribuito al periodo di riflessione nel contesto del suo «piano D» e al Parlamento europeo per aver organizzato, insieme al parlamento austriaco, l'8 e 9 maggio 2006 la riunione parlamentare congiunta sul futuro dell'Europa. Il Consiglio europeo si compiace dell'intenzione delle istituzioni e degli Stati membri di proseguire le attività intraprese che mirano a coinvolgere i cittadini nel dibattito sul significato dell'Europa nel ventunesimo secolo. Si compiace inoltre del contributo della Commissione relativo a un'agenda dei cittadini per l'Europa.

3. Il Consiglio europeo ha proceduto a una prima valutazione del periodo di riflessione, che è stata effettuata sulla scorta di una relazione scritta elaborata dalla Presidenza e dal Segretariato del Consiglio che si basa sulle informazioni fornite dagli Stati membri in merito ai dibattiti condotti a livello nazionale (9701/1/06 REV 1),

* 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.).

sull'iniziativa «Piano D» e sul Libro Bianco su una politica europea di comunicazione. Sebbene da tutti i dibattiti pubblici siano emerse inquietudini e preoccupazioni, i cittadini continuano a sostenere il progetto europeo. Un dialogo rafforzato con i cittadini richiede mezzi adeguati ed impegno. I cittadini si attendono che l'Unione dimostri il suo valore aggiunto prendendo le misure necessarie per cogliere le sfide e le opportunità che la attendono: garantire la pace, la prosperità e la solidarietà, rafforzare la sicurezza, favorire lo sviluppo sostenibile e promuovere i valori europei in un mondo che si sta rapidamente globalizzando.

4. L'impegno dell'Unione a diventare più democratica, trasparente ed efficace va al di là del periodo di riflessione. Il Consiglio europeo ribadisce il suo impegno a favore di una Unione che offra ai cittadini i risultati concreti che essi si attendono, al fine di rafforzare la fiducia e la stima, come indicato nella Parte II.

II. L'Europa al lavoro

a. *Promuovere libertà, sicurezza e giustizia*

5. I progressi sulle misure concordate nel programma dell'Aia e volte ad affrontare problemi quali l'immigrazione clandestina, la tratta di esseri umani, il terrorismo e la criminalità organizzata, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, saranno valutati nel dicembre 2006.

(*Omissis*)

b. *Promuovere il modo di vita europeo in un mondo globalizzato*

16. Il Consiglio europeo ha preso atto dei progressi in vari settori discussi a Hampton Court e nell'ultimo Consiglio europeo di primavera, volti a promuovere il modo di vita europeo di fronte alla globalizzazione e all'evoluzione demografica.

(*Omissis*)

c. *Migliorare l'efficacia, la coerenza e la visibilità delle politiche esterne*

31. Il Consiglio europeo si compiace dei progressi sostanziali compiuti in relazione ai nuovi strumenti di azione esterna e incoraggia le istituzioni a raggiungere quanto prima un accordo sulle questioni in sospeso affinché sia possibile iniziare a prestare assistenza a decorrere dal 1° gennaio 2007.

(*Omissis*)

d. *Migliorare il funzionamento dell'Unione*

34. Il Consiglio europeo ha convenuto una serie di misure intese a migliorare il funzionamento dell'Unione sfruttando appieno le possibilità offerte dai trattati in vigore. Tali misure consistono tra l'altro in una maggiore trasparenza dei lavori del Consiglio e nel rendere più chiare le rispettive responsabilità dei vari attori nei lavori dell'Unione.

35. Fornire ai cittadini una conoscenza diretta delle attività dell'UE è una condi-

zione essenziale per aumentare la loro fiducia nell'Unione europea. Pertanto il Consiglio europeo conviene di rendere ancora più trasparenti i lavori del Consiglio e adotta una politica globale sulla trasparenza (allegato I). In particolare, tutte le deliberazioni del Consiglio nell'ambito della procedura di codecisione saranno ormai pubbliche. Il Consiglio europeo invita il Consiglio ad adottare le misure necessarie ad assicurare l'attuazione della nuova politica e ad esaminarne l'attuazione tra sei mesi per valutarne l'impatto sull'efficienza dei lavori del Consiglio.

(Omissis)

37. Il Consiglio europeo prende atto dell'interdipendenza tra il processo legislativo europeo e quelli nazionali. Pertanto accoglie con favore l'impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche. La Commissione è invitata a prendere in debita considerazione le osservazioni dei parlamenti nazionali, in particolare per quanto riguarda i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali sono incoraggiati a rafforzare la cooperazione nel quadro della Conferenza delle commissioni per gli affari europei (COSAC) all'atto del monitoraggio della sussidiarietà.

(Omissis)

III. Guardare al futuro

a. Proseguire la riforma: il trattato costituzionale

42. Nella riunione del Consiglio europeo del 16-17 giugno 2005 i Capi di Stato o di Governo hanno convenuto di ritornare sulla questione della ratifica del trattato costituzionale nella prima metà del 2006 al fine di effettuare una valutazione globale dei dibattiti nazionali avviati quale parte del periodo di riflessione e di decidere sul seguito del processo.

43. Dal giugno scorso altri cinque Stati membri hanno ratificato il trattato costituzionale, portando il numero totale di ratifiche a quindici. Due Stati membri non sono stati in grado di ratificare il trattato ed otto debbono ancora completare il processo di ratifica; uno di essi ha recentemente avviato la relativa procedura. Si auspica che questo processo sarà completato conformemente alle conclusioni del giugno 2005.

(Omissis)

b. Allargamento

50. Il Consiglio europeo prende atto delle discussioni iniziali sull'allargamento svoltesi nelle riunioni informali dei Ministri degli affari esteri tenutesi a Salisburgo l'11 marzo e a Klosterneuburg il 27 e 28 maggio 2006. Ha convenuto di proseguire e approfondire questa discussione generale nel secondo semestre del 2006.

51. L'allargamento ha costituito un'occasione storica che ha contribuito ad assi-

curare la pace, la sicurezza, la stabilità, la democrazia, lo Stato di diritto nonché la crescita e la prosperità nell'Unione europea nel suo complesso. L'allargamento contribuisce parimenti a far sì che l'UE diventi un'economia più competitiva e dinamica e sia meglio preparata ad affrontare le sfide di un mondo globalizzato e in mutamento. Il Consiglio europeo accoglie con favore in questo contesto la relazione della Commissione sul successo economico del quinto allargamento nella storia dell'Unione, del quale l'adesione della Bulgaria e della Romania costituisce parte integrante.

Bulgaria e Romania

52. È obiettivo comune dell'Unione accogliere la Bulgaria e la Romania nel gennaio 2007 quali membri dell'Unione, se esse saranno pronte. In base alla relazione di controllo della Commissione del maggio 2006, il Consiglio europeo conferma questa posizione.

(Omissis)

Questioni generali sul futuro allargamento

53. Il Consiglio europeo ha ribadito che onorerà gli impegni esistenti e ha rilevato che occorre compiere ogni sforzo per salvaguardare la coesione e l'efficacia dell'Unione. Sarà importante assicurare in futuro che l'Unione sia in grado di funzionare politicamente, finanziariamente e istituzionalmente in seguito all'allargamento e di approfondire ulteriormente il progetto comune europeo. Pertanto, nella riunione del dicembre 2006, il Consiglio europeo terrà un dibattito su tutti gli aspetti relativi a ulteriori allargamenti, compresa la capacità dell'Unione di accogliere nuovi membri e gli altri modi di migliorare la qualità del processo di allargamento in base alle positive esperienze finora acquisite. Ricorda in tale contesto che il ritmo dell'allargamento deve tener conto della capacità di assorbimento dell'Unione. La Commissione è invitata a fornire, contemporaneamente alla presentazione delle sue relazioni annuali sui progressi fatti in materia di allargamento e processo di preadesione, una relazione speciale su tutti gli aspetti pertinenti relativi alla capacità di assorbimento dell'Unione. Tale analisi specifica dovrebbe inoltre riguardare la questione dell'attuale e futura comprensione dell'allargamento da parte dei cittadini e dovrebbe tener conto della necessità di spiegare adeguatamente il processo di allargamento alla popolazione dell'Unione.

Turchia *(Omissis)*

Croazia *(Omissis)*

c. Balcani occidentali

56. Il Consiglio europeo ha riconfermato la prospettiva europea dei Balcani occidentali quale illustrata nel processo di stabilizzazione e associazione, nell'Agenda di Salonicco e nella Dichiarazione di Salisburgo del marzo 2006. A tale proposito, il Consiglio europeo ha confermato che il futuro dei Balcani occidentali è nell'Unione europea. I progressi di ciascun paese verso l'Unione europea continueranno a dipen-

dere dalla misura in cui saranno rispettate le condizioni e i requisiti stabiliti nei criteri di Copenaghen e nel processo di stabilizzazione e associazione, compresa la piena cooperazione con l'ICTY e il mantenimento di buone relazioni di vicinato.

(Omissis)

Relazioni esterne

57. Il Consiglio europeo ribadisce l'importanza che esso annette alla Politica europea di vicinato quale mezzo per rafforzare la cooperazione con i paesi limitrofi e per estendere la prosperità, la stabilità e la sicurezza oltre le frontiere dell'Unione europea. La politica europea di vicinato mira a sostenere le riforme politiche ed economiche dei paesi limitrofi tramite il partenariato e in base ai valori condivisi. L'Unione è determinata a rafforzare e a sviluppare ulteriormente la politica di vicinato offrendo così relazioni sempre più strette e un sostegno sostanziale parallelamente all'adempimento degli impegni di riforma da parte dei paesi limitrofi.

(Omissis)

ALLEGATO I

Una politica globale sulla trasparenza *(Omissis)*

ALLEGATO II

Dichiarazione sui Balcani occidentali *(Omissis)*

ALLEGATO III

Dichiarazione sull'Iran *(Omissis)*

ALLEGATO IV

Dichiarazione sull'Iraq *(Omissis)*

ALLEGATO V

Dichiarazione sul processo di pace in Medio Oriente *(Omissis)*

ALLEGATO VI

Dichiarazione sull'Africa *(Omissis)*

ALLEGATO VII

Dichiarazione sul Libano *(Omissis)*

ALLEGATO VIII

Dichiarazione su Timor Est *(Omissis)*

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI DEL SETTORE ALIMENTARE*

Sommario: **I.** *Attribuzione della responsabilità agli operatori del settore alimentare* - **1.** *Definizioni introdotte dalla normativa comunitaria* - **2.** *Disposizioni di carattere generale sulla responsabilità degli operatori* - **II.** *Disposizioni specifiche della normativa comunitaria del settore alimentare concernenti la responsabilità degli operatori* - **1.** *Osservazioni preliminari* - **2.** *Valutazioni giuridiche con riferimento alle prescrizioni generali* - **3.** *Valutazioni giuridiche con riferimento alle norme applicabili* - **III.** *Individuazione del destinatario della sanzione* - **1.** *Osservazioni preliminari* - **2.** *Casi concreti da prendere in considerazione* - **a.** *Violazione di disposizioni di carattere tecnico o commerciale* - **b.** *Violazione di disposizioni di carattere sanitario.*

I. Attribuzione della responsabilità agli operatori del settore alimentare

1. DEFINIZIONI INTRODOTTE DALLA NORMATIVA COMUNITARIA

Diverse disposizioni contenute nel regolamento Ce n. 178/2002¹ e nei regolamenti comunitari costituenti il cosiddetto «*Pacchetto igiene*»² fanno riferimento alla responsabilità degli operatori del settore alimentare.

* Relazione per il Convegno di Roma del 10 ottobre 2006 su «*La nuova normativa alimentare e la sua applicazione in Italia: provvedimenti di attuazione, controlli ufficiali e obblighi degli operatori*» organizzato dal Ministero della Salute e dall'Istituto Superiore di Sanità.

¹ Regolamento Ce n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002.

² Regolamenti Ce n. 852/2004, n. 853/2004, n. 854/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004; regolamento Ce n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, in *Gu-Ue* n. L 191 del 28 maggio 2004; regolamento n. 183/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 gennaio 2005, in *Gu-Ue* n. L 35 dell'8 febbraio 2005.

L'operatore del settore alimentare viene definito dall'art. 3, punto n. 3, del citato regolamento n. 178/2002 come:

«la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa alimentare posta sotto il suo controllo».

Analoga definizione viene fornita al punto 6 dello stesso art. 3 per quanto riguarda l'operatore del settore dei mangimi.

Il medesimo art. 3, al punto n. 1, fornisce anche la definizione di «legislazione alimentare», nella quale rientrano:

«le leggi, i regolamenti e le disposizioni amministrative riguardanti gli alimenti in generale, e la sicurezza degli alimenti in particolare, sia nella Comunità che a livello nazionale; sono incluse tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti ed anche dei mangimi prodotti per gli animali destinati alla produzione alimentare o ad essi somministrati».

Come si vede, la definizione di «legislazione alimentare» è molto ampia e ad essa faremo riferimento più di una volta nel corso della nostra esposizione per cercare di precisarne i limiti e la portata.

2. DISPOSIZIONI DI CARATTERE GENERALE SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI

Esaminate le disposizioni che contengono le definizioni di base, prendiamo ora in considerazione quelle di carattere generale che si riferiscono alla responsabilità degli operatori del settore alimentare.

Conviene innanzitutto esaminare il *considerando* n. 30 del regolamento n. 178/2002, che risulta così formulato:

«Gli operatori del settore alimentare sono in grado, meglio di chiunque altro, di elaborare sistemi sicuri per l'approvvigionamento alimentare e per garantire la sicurezza dei prodotti forniti; essi dovrebbero pertanto essere legalmente responsabili, in via principale, della sicurezza degli alimenti. Sebbene tale principio sia affermato in alcuni Stati membri e in alcuni settori della legislazione alimentare, in altri settori esso non è esplicito o la responsabilità viene assunta dalle autorità competenti dello Stato membro attraverso lo svolgimento di attività di controllo».

Tale *considerando* consente di precisare alcune importanti nozioni che risultano riprese in norme specifiche della disciplina comunitaria in materia ali-

mentare sulle quali in seguito torneremo.

Innanzitutto nel *considerando* n. 30 viene riconosciuto che gli operatori del settore alimentare posseggono tutti i requisiti, grazie alle loro conoscenze e alle loro esperienze, per essere considerati «*legalmente responsabili, in via principale, della sicurezza degli alimenti*».

Come si vede, la responsabilità che, in base al *considerando* n. 30, dovrebbe essere attribuita «*legalmente, in via principale*» agli operatori del settore indistintamente considerati, è unicamente quella che riguarda la «*sicurezza degli alimenti*».

Diciamo subito che una precisazione siffatta non dovrebbe sorprendere, atteso che il regolamento n. 178/2002, nel quale il *considerando* n. 30 è contenuto, è stato adottato anche (e soprattutto) sulla base dell'art. 152, par. 4, lett. *b.* del Trattato CE, che riguarda la tutela della «*sanità pubblica*». Alla stessa conclusione, d'altra parte, si perviene leggendo il par. 1 dell'art. 1 dello stesso regolamento n. 178/2002, dedicato al suo «campo di applicazione»³, secondo cui:

«Il presente regolamento costituisce la base per garantire un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti, tenendo conto in particolare della diversità dell'offerta di alimenti compresi i prodotti tradizionali, garantendo al contempo l'efficace funzionamento del mercato interno. Esso stabilisce principi comuni e competenze, i mezzi per assicurare un solido fondamento scientifico, procedure e meccanismi organizzativi efficienti a sostegno dell'attività decisionale nel campo della sicurezza degli alimenti e dei mangimi».

Di conseguenza, procedendo nell'esame del *considerando* n. 30, possiamo comprendere e valutare in modo più preciso l'approccio comunitario al problema della responsabilità degli operatori del settore alimentare.

Nella seconda parte di tale *considerando* si afferma invero che il «principio» dell'attribuzione agli operatori del settore alimentare della «responsabilità legale» della «sicurezza degli alimenti» viene anche riconosciuto in alcuni Stati membri ma soltanto in taluni settori della legislazione alimentare, mentre in altri settori della medesima legislazione tale «principio» o non viene riconosciuto in modo esplicito oppure «*la responsabilità viene assunta dalle autorità competenti dello Stato membro attraverso lo svolgimento di attività di controllo*».

³ Ulteriori conferme in tal senso si ricavano dalle considerazioni svolte dalla Commissione europea tanto nel *Libro Verde* sui principi generali della legislazione alimentare nell'Unione europea, quanto nel *Libro Bianco sulla sicurezza alimentare* nell'Unione europea. Su tali documenti v. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 85 ss. Alle p. 91 ss. dell'opera appena citata vengono esaminati a fondo gli obiettivi del regolamento n. 178/2002.

Anche ad una lettura attenta, il testo sopra riportato non si presta ad una facile interpretazione⁴.

Poiché nella prima parte del *considerando* n. 30, come abbiamo visto, viene fatto riferimento alla responsabilità degli operatori del settore alimentare per quanto riguarda la sicurezza dei prodotti alimentari che essi elaborano e commercializzano, è stato agevole concludere che soltanto la responsabilità per la sicurezza degli alimenti risulta assoggettata alle disposizioni del regolamento n. 178/2002.

Conseguentemente, per seguire la logica del *considerando* citato, soltanto nei settori della legislazione alimentare che non riguardano la sicurezza degli alimenti, la predetta responsabilità potrebbe essere assunta dalle «autorità» competenti dello Stato membro «*attraverso lo svolgimento di attività di controllo*».

Letteralmente interpretata, questa frase dovrebbe però voler dire che, nel settore della legislazione relativa, ad esempio, all'etichettatura dei prodotti alimentari, con riferimento alla violazione di una disposizione non collegata ad un aspetto sanitario (ad esempio: indirizzo inesatto del produttore; elenco degli ingredienti redatto in modo non corretto; inosservanza delle regole del *quid*, etc.), l'Autorità competente dello Stato membro, nel quale il prodotto alimentare viene venduto, si assumerebbe la responsabilità legale per la violazione commessa, qualora la stessa non fosse stata rilevata dalla stessa Autorità «*attraverso lo svolgimento dell'attività di controllo*».

Ma un'interpretazione del genere non sembra avere alcun fondamento giuridico né alcuna logica giustificazione, dovendosi escludere che l'Autorità di controllo possa assumersi la responsabilità per una violazione commessa da un operatore del settore alimentare (nel senso di sostituire la propria responsabilità a quella dell'operatore).

Al contrario, la responsabilità dell'Autorità di controllo, in un'ipotesi del genere, dovrebbe semmai aggiungersi a quella dell'operatore qualora fosse causata da imperizia, negligenza o, addirittura, connivenza, con la conseguenza di comportare, a seconda dei casi, una responsabilità anche a carico dei singoli controllori (e/o dell'Autorità medesima) di ordine penale, amministrativo o civile⁵.

Dalle considerazioni appena svolte si deduce che il problema della responsabilità degli operatori deve essere studiato e messo a fuoco in modo preciso, seguendo un percorso diverso, anche perché un'interpretazione non corretta delle norme applicabili nei diversi Stati membri, potrebbe effettiva-

⁴ Neppure forniscono chiarimenti le *Linee guida* della Commissione (punto I, 3, 2 sotto la voce: «Attribuzione di responsabilità»), *cit. infra*, nota 12.

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *I controlli dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo e la responsabilità dei controllori (funzionari pubblici, certificatori, imprenditori, analisti)*, in questa *Rivista*, 1995, p. 387.

mente determinare gli inconvenienti indicati nell'ultima frase del *considerando* n. 30, qui esaminato, secondo cui:

«Tali disparità possono creare ostacoli al commercio e distorsioni della concorrenza tra operatori del settore alimentare di Stati membri diversi».

Non essendo possibile, sulla base dei testi sopra riportati, stabilire, sotto un profilo generale, in che modo il principio della responsabilità venga applicato agli operatori del settore alimentare, occorre verificare se possa essere ottenuta maggior chiarezza esaminando le disposizioni specifiche della normativa comunitaria attualmente applicabile.

II. Disposizioni specifiche della normativa comunitaria del settore alimentare concernenti la responsabilità degli operatori

1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

La prima disposizione da prendere in considerazione e da esaminare a fondo per poter ricostruire il sistema della responsabilità degli operatori del settore alimentare è l'art. 17 del regolamento n. 178/2002, che risulta così formulato:

«1. Spetta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte».

Il par. 1 dell'art. 17 del regolamento n. 178/2002, sopra riportato, contiene dunque una disposizione, concernente gli operatori del settore alimentare (e dei mangimi), secondo la quale gli operatori debbono garantire l'osservanza di tutte le prescrizioni della legislazione alimentare ad essi imposte nelle varie fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione degli alimenti e dei mangimi.

A sua volta, il par. 2 dello stesso art. 17 contiene prescrizioni relative agli obblighi incombenti sugli Stati membri, per quanto riguarda l'accertamento, tramite adeguati controlli ufficiali, dell'osservanza delle disposizioni della legislazione alimentare da parte degli operatori del settore. Come più avanti si vedrà, l'ultimo comma del par. 2 qui esaminato fa anche riferimento ai poteri sanzionatori degli Stati membri medesimi. Da un punto di vista di carattere generale, le disposizioni da ultimo richiamate impongono agli Stati membri di attuare quanto in effetti essi hanno già da tempo attuato tramite le proprie le-

gislaZIONI nazionali con riguardo agli aspetti sanitari e a quelli, ad esempio, attinenti all'etichettatura dei prodotti alimentari⁶.

Da un punto di vista più specifico, con riferimento alle "nuove" obbligazioni poste a carico degli operatori dallo stesso regolamento n. 178/2002, come quella sulla «rintracciabilità» (art. 18) nonché quelle sul «ritiro» e sul «richiamo» degli alimenti (art. 19) e dei mangimi (art. 20), essendo le relative disposizioni contenute proprio nel regolamento n. 178/2002, le corrispondenti sanzioni devono essere adottate *ex novo* dagli Stati membri. In effetti, come già ricordato, l'ultimo comma del par. 2 dell'art. 17 del regolamento n. 178/2002 stabilisce che:

«Gli Stati membri determinano inoltre le misure e le sanzioni da applicare in caso di violazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi. Le misure e le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

Lo Stato italiano, ad esempio, ha provveduto ad attuare le prescrizioni sopra indicate in modo corretto. Disponendo già di una legislazione interna in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della legislazione alimentare⁷, l'Italia ha dato attuazione alla prescrizione comunitaria sopra riportata limitatamente alle sanzioni applicabili in caso di violazione degli obblighi imposti dall'art. 18 (rintracciabilità) e dagli artt. 19 e 20 (ritiro e richiamo degli alimenti e dei mangimi) del regolamento n. 178/2002, mediante un apposito decreto legislativo⁸.

2. VALUTAZIONI GIURIDICHE CON RIFERIMENTO ALLE PRESCRIZIONI GENERALI

In base alle disposizioni sopra riportate e alle considerazioni sopra svolte, appare evidente che solo gli Stati membri sono legittimati ad adottare la normativa sanzionatoria in materia alimentare e che, di conseguenza, nel determinare le misure e le sanzioni da applicare in caso di violazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, essi possono stabilire anche chi siano i responsabili delle violazioni e quali siano i soggetti destinatari delle sanzioni.

Ovviamente, il soggetto destinatario delle sanzioni può coincidere con il soggetto responsabile della violazione contestata, ma può anche essere diverso da quest'ultimo.

La coincidenza qui esaminata può non sussistere soprattutto per due mo-

⁶ Cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, cit. *supra*, nota 3, p. 82 ss. e p. 313 ss.

⁷ Si consideri, ad esempio, la legge 30 aprile 1962 n. 283 sull'igiene degli alimenti.

⁸ Cfr. dlgs n. 190 del 5 aprile 2006 sulla disciplina sanzionatoria per le violazioni al regolamento n. 178/2002. Su tale provvedimento v. D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria per la violazione degli obblighi generali di sicurezza ex artt. 18, 19 e 20 del regolamento n. 178/2002*, in *Alimenta*, 2006, p. 123 ss. e p. 147 ss.

tivi. In primo luogo perché il responsabile di una determinata violazione risulta essere il produttore del prodotto alimentare (fabbricante), mentre il destinatario della sanzione è stato identificato, dall'Autorità di controllo, nel distributore del medesimo prodotto (ad esempio: un supermercato o una catena di distribuzione)⁹. In secondo luogo, perché, pur appartenendo, sia il responsabile della violazione, sia il destinatario della sanzione alla stessa categoria (a quella dei produttori o a quella dei distributori) gli stessi risultano comunque tra loro distinti come soggetti operativi, a causa della loro diversa funzione all'interno dell'impresa nella quale entrambi operano. Per fare un esempio, il Presidente di una società di ampie dimensioni può essere destinatario di una sanzione irrogata dall'Autorità per una violazione commessa all'interno di uno stabilimento appartenente alla stessa società da esso controllata, mentre il responsabile effettivo della violazione potrebbe essere un dirigente della società medesima al quale il Presidente aveva delegato determinate competenze e responsabilità, fra le quali rientra quella riferita alla violazione contestata¹⁰.

Che, d'altra parte, il destinatario della sanzione debba essere tenuto distinto dal responsabile della violazione contestata, appare evidente e del tutto comprensibile per il fatto che il destinatario della sanzione viene individuato dall'Autorità amministrativa di controllo (attraverso un procedimento che può svolgersi senza contraddittorio) mentre il responsabile della violazione può essere identificato soltanto al termine di un procedimento rituale che si svolge davanti all'Autorità giudiziaria.

Questo è un aspetto da tenere ben presente, perché non può essere messo in dubbio che l'individuazione dell'operatore responsabile di una violazione debba avvenire unicamente attraverso un'indagine formale condotta dall'Autorità giudiziaria, con tutte le garanzie del contraddittorio, che termina con la sentenza di un giudice. Ovviamente, tale indagine formale normalmente riguarderà il soggetto che l'Autorità di controllo ha individuato come destinatario della sanzione.

Un'eccezione a tale regola può risultare soltanto sulla base di un provvedimento normativo che in modo esplicito arrivi ad individuare preventivamente il responsabile di una violazione. Ciò si verifica nel caso in cui una normativa specifica dovesse introdurre una forma di "responsabilità oggettiva", come è avvenuto, ad esempio, a seguito dell'introduzione della direttiva Cee n. 85/374

⁹ Ovviamente, una distinzione del genere non dovrà essere effettuata se il supermercato (distributore) ha fatto produrre da terzi i prodotti posti in vendita contrassegnandoli con un proprio marchio (c.d. «private label»). In tal caso il produttore e il distributore coincidono.

¹⁰ Cfr. in argomento, I. SCHINAGLIA, *La rilevanza della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, in *L'indice penale*, 2002, p. 141; A. BERNARDI, *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994, p. 37. Per quanto riguarda la più recente giurisprudenza sul punto, v. le seguenti sentenze della Corte di cassazione: Cass. penale (sez. III) 14 maggio 2002 n. 21925 (*Saba*), in *Ambiente e sicurezza*, 2003, p. 16 e Cass. penale (sez. III), 6 marzo 2003, n. 19642, in *Guida al Diritto*, n. 30/2003, p. 86.

sulla responsabilità del produttore per danni da prodotti difettosi¹¹.

Tale forma di responsabilità "oggettiva" che risulta attribuita, sulla base di specifiche disposizioni normative, ad un determinato soggetto coincidente con il produttore del prodotto difettoso, viene espressamente richiamata dall'art. 21 del regolamento n. 178/2002¹².

3. VALUTAZIONI GIURIDICHE CON RIFERIMENTO ALLE NORME APPLICABILI

Per quanto riguarda i problemi qui considerati (individuazione del soggetto responsabile della violazione e del soggetto destinatario della sanzione) la normativa cui bisogna far riferimento, come abbiamo sopra visto, è dunque quella nazionale, in quanto si tratta di individuare i soggetti sottoposti alle norme specifiche ad essi applicabili per violazioni riferite a fattispecie concrete (con eventuale applicazione di sanzioni penali, amministrative o civili)¹³.

Per quanto riguarda però l'interpretazione delle disposizioni nazionali cui vien fatto riferimento (per applicare le sanzioni), occorre ovviamente tener conto delle disposizioni sostanziali disciplinanti gli obblighi che gli operatori

¹¹ In *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985 recepita in Italia con legge 7 giugno 1989 n. 371. In base a tale direttiva, come è noto, chi ha subito danni, intesi come lesioni personali (per avere, ad esempio, consumato un prodotto alimentare deteriorato o contaminato), può chiederne il risarcimento agendo in giudizio direttamente nei confronti del produttore, il quale, a sua volta, potrà far accertare, nel processo, la responsabilità del distributore (ad esempio: supermercato) nel caso in cui il prodotto alimentare fosse stato deteriorato da una cattiva conservazione. Al contrario, nel caso in cui il consumatore che ha acquistato un prodotto alimentare (ad esempio, in un supermercato) chiedesse un risarcimento di diritto civile per danni diversi da quelli da lesioni personali sopra menzionati, in tal caso si applicherebbero le norme classiche del codice civile. Il consumatore potrebbe quindi agire in giudizio nei confronti del distributore (supermercato) ma non direttamente nei confronti del produttore, chiedendo o la sostituzione del prodotto oppure la riduzione del prezzo (avendo comunque la possibilità di invocare la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni in base all'art. 1453 cod. civ.). In effetti, l'acquisto di un prodotto all'interno di un punto vendita (supermercato) dà luogo ad un contratto di compravendita conseguente ad un'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 del cod. civ.. Infatti, secondo la Corte di cassazione (sentenza del 29 marzo 1972, in *Giurisprudenza italiana*, 1974, II, 198): «la conclusione del contratto e il contestuale trasferimento della proprietà della merce si verificano allorché il compratore viene a contatto con la cassiera, ausiliaria del venditore, la quale controlla i generi acquistati e riceve il pagamento relativo». Queste azioni, ripetiamo, hanno però soltanto lo scopo di ottenere soluzioni o risarcimenti di diritto civile.

¹² Sul punto è interessante la sentenza della Corte di giustizia emessa in data 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03 (v. *supra*, p. 326) nella quale viene escluso che la responsabilità oggettiva possa essere estesa al distributore del prodotto alimentare. A tale proposito v. D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria per la violazione degli obblighi generali di sicurezza ex art. 18, 19 e 20 reg. 178/02*, in *Alimenta*, 2006, p. 150.

¹³ Ciò viene espressamente ammesso dalla stessa Commissione, nelle sue *Linee Guida* per l'applicazione di alcuni specifici articoli del regolamento n. 178/2002 reperibili nel sito della Commissione europea: www.ec.europa.eu/eur-lex. A p. 6, punto I, 2 («Implicazioni») si legge infatti che: «le azioni per responsabilità non vanno fondate sull'art. 17 (del regolamento n. 178/2002) ma su una base giuridica che si trova nella normativa nazionale e nella legislazione specifica violata». Pertanto, non deve essere fatto riferimento alla normativa comunitaria per individuare il responsabile della violazione o il destinatario della sanzione, ma soltanto per stabilire se, in una determinata fattispecie, vi sia stata una violazione alla normativa alimentare applicabile e quale normativa sia stata in concreto violata. Il responsabile della violazione e il destinatario della sanzione saranno invece individuati in base alla normativa nazionale degli Stati membri (interpretate rispettando i principi fondamentali di carattere comunitario, come chiarito nel testo).

del settore alimentare devono osservare.

Orbene, poiché le disposizioni sostanziali sono praticamente tutte di origine comunitaria, ad esse occorrerà risalire per poter interpretare ed applicare in modo corretto le norme nazionali anche al fine di garantire un'uniforme applicazione della normativa comunitaria in tutti gli Stati membri.

Dato che la disciplina comunitaria di carattere sostanziale in materia alimentare è distribuita in diversi testi normativi, appare necessario individuare con precisione innanzitutto la fonte legislativa cui fare riferimento.

Come risulta dalla definizione di «legislazione alimentare» contenuta nel regolamento n. 178/2002, che sopra abbiamo riportato, tale legislazione abbraccia tutta la normativa del settore alimentare, da quella applicabile in materia di etichettatura a quella applicabile in materia di igiene e di sicurezza degli alimenti (e dei mangimi).

Se il primo problema è quindi quello di individuare la normativa cui fare riferimento, occorre innanzitutto verificare se esistono criteri utilizzabili di fonte comunitaria per procedere a tale individuazione.

A tale proposito occorre ricordare che i rapporti fra le diverse discipline applicabili sono in genere regolati dalla normativa comunitaria medesima.

Alcuni esempi possono essere tratti tanto dallo stesso regolamento n. 178/2002 quanto da altri regolamenti.

In particolare, i rapporti tra le disposizioni del regolamento n. 178/2002 riguardanti la pubblicità e la presentazione dei prodotti alimentari e la disciplina specifica comunitaria in materia di etichettatura dei medesimi prodotti, contenuta nella direttiva n. 2000/13¹⁴, sono regolati dall'art. 16 del regolamento n. 178/2002, che così recita:

«Fatte salve disposizioni più specifiche della legislazione alimentare, l'etichettatura, la pubblicità e la presentazione degli alimenti o mangimi, compresi la loro forma, il loro aspetto o confezionamento, i materiali di confezionamento usati, il modo in cui gli alimenti o mangimi sono disposti, il contesto in cui sono esposti e le informazioni rese disponibili su di essi attraverso qualsiasi mezzo, non devono trarre in inganno i consumatori».

Come si vede, in base a tale disposizione, devono trovare applicazione prevalente le disposizioni contenute nella direttiva n. 2000/13 che, come ricordato, costituisce la normativa specifica sull'etichettatura applicabile in materia alimentare.

¹⁴ In *Guce* n. L 109 del 20 marzo 2000; sull'etichettatura dei prodotti alimentari v. G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004.

Analogo approccio viene seguito in base al già citato art. 21 dello stesso regolamento n. 178/2002, secondo cui:

«Le disposizioni del presente capo si applicano salvo il disposto della direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi».

Come già segnalato, da tale disposizione deriva, pertanto, che in materia di responsabilità per prodotti alimentari difettosi, la normativa di riferimento è quella contenuta nella direttiva n. 85/374¹⁵.

Per esempi analoghi, tratti da altri regolamenti, possiamo ricordare l'art. 1, par. 2, del regolamento n. 882/2004 relativo ai controlli ufficiali sui prodotti alimentari (e sui mangimi) secondo cui:

«Il presente regolamento non si applica ai controlli ufficiali volti a verificare la conformità alle normative sull'organizzazione comune del mercato dei prodotti agricoli».

Tale disposizione stabilisce, pertanto, un'eccezione per quanto riguarda le norme alle quali occorre far riferimento in caso di controlli disciplinati da altre normative specifiche (cfr. *considerando* n. 10 dello stesso regolamento n. 882/2004).

Una volta identificata la fonte normativa cui far riferimento, occorre procedere alla sua corretta interpretazione per poterla adeguatamente applicare alla fattispecie concreta.

Poiché, come in precedenza abbiamo chiarito, il nostro problema consiste nell'individuazione tanto del soggetto responsabile della violazione quanto del soggetto destinatario della sanzione, è evidente che tale individuazione dovrà avvenire anche sulla base dell'interpretazione che i rappresentanti dell'Autorità di controllo sono tenuti a riservare alla normativa comunitaria dalla quale deriva la disposizione nazionale applicabile alla fattispecie concreta.

¹⁵ Su ulteriori particolari aspetti, v. le considerazioni svolte *supra*, nota 10. Un analogo approccio viene seguito anche per disciplinare i rapporti tra le stesse normative in materia di sicurezza dei prodotti. Come è noto, la materia della sicurezza generale dei prodotti è disciplinata in modo orizzontale dalla direttiva n. 2001/95 (*Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002). La direttiva n. 2001/95, ha sostituito la direttiva n. 92/59/Cee che era stata recepita in Italia con dlgo n. 115/95 (in *Guri* n. 92 del 20 aprile 1995), Attuazione della direttiva n. 92/59/Cee relativa alla sicurezza generale dei prodotti. Cfr. G. PONZANELLI, *Regole economiche e principi giuridici a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, II, p. 545. Sul problema dei rapporti tra la direttiva n. 2001/95 e il regolamento n. 178/2002, v. D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria per la violazione degli obblighi generali di sicurezza ex art. 18, 19 e 20 reg. 178/02*, in *Alimenta*, 2006, p. 123. L'autore fa rilevare le incongruenze della normativa italiana di riferimento (dlgo n. 172 del 21 maggio 2004) che, diversamente da quanto stabilito dalla citata direttiva n. 2001/05, ritiene applicabile soltanto il regolamento n. 178/2002 in materia di sicurezza alimentare.

Di regola, il procedimento che porterà all'individuazione dei soggetti sopra indicati prenderà in ogni caso il proprio avvio nel momento in cui verranno iniziati i controlli ad opera della competente Autorità.

A questo proposito, appare determinante la disposizione contenuta nel par. 4 dell'art. 1 del già citato regolamento n. 882/2004, relativo ai controlli ufficiali degli alimenti e dei mangimi.

Secondo tale disposizione:

«L'esecuzione dei controlli ufficiali ai sensi del presente regolamento lascia impregiudicata la responsabilità legale, in via principale, degli operatori del settore per la sicurezza dei mangimi e degli alimenti, come previsto dal regolamento (Ce) n. 178/2002 e la responsabilità civile o penale risultante dalla violazione dei loro obblighi».

Tale disposizione, per quanto formulata in modo impreciso, appare decisiva per la soluzione del nostro problema.

Un'osservazione preliminare, prima di procedere all'esame della disposizione appena riportata, appare comunque necessaria per mettere in evidenza le imprecisioni che essa contiene.

In effetti, non ha molto senso affermare che *«l'esecuzione dei controlli ufficiali, ai sensi del presente regolamento, lascia impregiudicata la responsabilità legale, in via principale, dagli operatori del settore».*

I controlli eseguiti dalle competenti autorità (amministrative) hanno soltanto lo scopo di accertare il rispetto della normativa applicabile da parte dei soggetti che la devono osservare e non quello di stabilire la responsabilità degli operatori.

Come è stato agli inizi chiarito, il compito di accertare la responsabilità degli operatori in caso di violazione della normativa applicabile spetta all'Autorità giudiziaria, mentre l'Autorità (amministrativa) di controllo ha il compito di individuare il destinatario della sanzione che, come già precisato, non sempre coincide con il responsabile della violazione.

Per procedere ora all'esame della disposizione sopra riportata, occorre anche considerare l'art. 55, par. 1, dello stesso regolamento n. 882/2004, sui controlli ufficiali, secondo cui:

«Gli Stati membri stabiliscono le regole in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della normativa sui mangimi e sugli alimenti e di altre disposizioni comunitarie concernenti la tutela della salute e del benessere degli animali e prendono tutte le misure necessarie per assicurare che siano attuate. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

Se ora si mettono fra loro a confronto le due disposizioni sopra riportate, vale a dire, da un lato, il par. 4 dell'art. 1 del regolamento n. 882/2004 e, dall'altro lato, il par. 1 dell'art. 55 del medesimo regolamento, possiamo trovare conferma della correttezza della tesi qui sostenuta.

Infatti, sorvolando sulle imprecisioni formali in precedenza segnalate, da tale confronto si desume che la constatazione della responsabilità (civile, penale od amministrativa) degli operatori del settore alimentare non può minimamente essere condizionata dall'attività dell'Autorità di controllo, la quale deve limitarsi, con riferimento ad una fattispecie concreta, ad accertare la violazione della normativa applicabile individuando il destinatario della sanzione al quale la stessa viene irrogata. Al contrario, come già ricordato, sarà l'Autorità giudiziaria a stabilire, al termine di un regolare processo (civile, penale od amministrativo) se il destinatario della sanzione individuato dall'Autorità di controllo, sia anche il responsabile della violazione commessa e, in caso positivo, se la sanzione sia stata correttamente applicata.

Il percorso che deve essere seguito per individuare, da un lato, il responsabile della violazione e, dall'altro lato, il destinatario della sanzione può essere, in estrema sintesi, così delineato.

Se durante l'esecuzione dei controlli presso un'impresa alimentare (di produzione, di trasformazione o di distribuzione) l'Autorità competente accerta una violazione alla normativa applicabile, dovrà procedere ad identificare il destinatario della sanzione al quale la stessa verrà applicata, tenendo presente che la sanzione applicabile trova il suo fondamento nella legislazione nazionale, mentre la normativa alimentare, cui occorre far riferimento, anche se contenuta nella legislazione interna, è di derivazione comunitaria.

Più precisamente, si tratterà di derivazione "diretta" se la normativa alimentare risulta contenuta in un regolamento direttamente applicabile, mentre si tratterà di derivazione "indiretta", se la normativa alimentare risulta contenuta in una direttiva comunitaria, successivamente recepita nella legislazione nazionale.

Tale essendo il contesto normativo cui occorre far riferimento, l'Autorità di controllo dovrà, prima di tutto, interpretare la normativa applicabile (comunitaria e nazionale) per verificare se, in concreto, sia stata commessa una violazione e, in secondo luogo, dovrà individuare il destinatario della sanzione sulla base della normativa nazionale.

Ma pur essendo l'individuazione del destinatario della sanzione strettamente dipendente dalla legislazione nazionale, ciò non toglie, come già ricordato, che tale legislazione dovrà essere interpretata nel rispetto del diritto comunitario e, in particolare, nel rispetto dei principi fondamentali applicabili nel settore alimentare, vale a dire, dei principi di proporzionalità, precauzione, trasparenza e non discriminazione.

E ciò anche per evitare che possano sorgere ostacoli alla libera circolazione dei prodotti alimentari all'interno dell'Unione europea, con violazione

di uno degli obiettivi perseguiti dall'art. 5 del regolamento n. 178/2002, e precisamente quello stabilito al par. 2 dell'art. 5 secondo cui:

«la legislazione alimentare mira al conseguimento della libertà di circolazione all'interno della Comunità degli alimenti e dei mangimi prodotti o immessi sul mercato nel rispetto dei principi e dei requisiti generali enunciati nel presente capo».

III. Individuazione del destinatario della sanzione

1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Arrivati a questo punto e riprendendo il ragionamento che è stato avviato agli inizi, riteniamo che il problema che qui interessa possa essere così affrontato e risolto.

Poiché la decisione ultima sulla responsabilità effettiva degli operatori del settore alimentare spetta all'Autorità giudiziaria che si pronuncia al termine di un regolare processo nel quale tutte le parti devono poter far valere le proprie ragioni sulla base della normativa applicabile (comunitaria e nazionale), riteniamo che tale aspetto non richieda ulteriori approfondimenti in questa sede.

L'aspetto che invece deve essere approfondito è quello concernente l'individuazione del destinatario della sanzione, perché, a questo riguardo, la non corretta osservanza delle regole applicabili può senza dubbio determinare inconvenienti a carico dei soggetti che, non risultando alla fine responsabili delle violazioni contestate, corrono il rischio di subire conseguenze economiche anche gravi, come più avanti si cercherà di dimostrare con esempi concreti.

Cerchiamo quindi di verificare in che modo, sulla base delle considerazioni sopra svolte, l'Autorità di controllo dovrebbe procedere per individuare il destinatario della sanzione.

Innanzitutto, di fronte ad un'ipotesi di violazione della normativa alimentare, l'Autorità di controllo dovrà accertare quale sia la disposizione effettivamente applicabile che essa ritiene violata.

Poiché, come abbiamo visto, potrebbe trattarsi, ad esempio, della normativa generale in materia di etichettatura (direttiva n. 2000/13), oppure di una normativa specifica relativa alla composizione di particolari prodotti, come i superalcolici (regolamento n. 1576/1989), oppure della normativa in materia di igiene (regolamenti n. 852/2004 e n. 853/2004), l'Autorità di controllo dovrà verificare con precisione la disposizione la cui violazione dovrà essere contestata.

Nel procedere a tale verifica, l'Autorità di controllo, alla luce delle considerazioni in precedenza esposte, dovrà, a nostro avviso, effettuare una distinzione fra la normativa alimentare adottata con finalità di carattere tecnico o di carattere commerciale e la normativa adottata per tutelare (direttamente o indiretta-

mente) la salute dei consumatori e per garantire la sicurezza degli alimenti.

Come abbiamo sopra chiarito, soltanto quest'ultima normativa risulta condizionata dalle prescrizioni contenute nel regolamento n. 178/2002, mentre per quanto riguarda gli aspetti non di natura sanitaria, gli stessi vengono disciplinati dalle disposizioni contenute nelle corrispondenti normative specifiche (ad esempio nella direttiva n. 2000/13 sull'etichettatura).

A questo punto, il quadro giuridico finisce per risultare più chiaro, perché quando l'Autorità di controllo ritiene violate specifiche disposizioni che mirano a tutelare la sicurezza degli alimenti, contenute nella normativa comunitaria all'uopo espressamente adottata, a tali disposizioni soltanto si applicano in modo completo i principi fondamentali del regolamento n. 178/2002 che sopra abbiamo esaminato, tra i quali, figura in primo luogo, il principio di precauzione che può attribuire poteri più ampi anche alle autorità di controllo, grazie all'art. 7 del regolamento n. 178/2002.

A questo punto, all'interno del quadro giuridico sopra descritto, possiamo tentare di delineare, prendendo in considerazione esempi concreti in grado di chiarire meglio i concetti, un percorso ragionevole che l'Autorità di controllo potrebbe seguire. E un tentativo del genere appare sicuramente giustificato perché, come già in precedenza ricordato, l'errata individuazione del destinatario della sanzione potrebbe senz'altro determinare, a carico del soggetto colpito, oltre ai disagi ovviamente connessi alle procedure giudiziarie da introdurre per le necessarie difese, anche sensibili inconvenienti in grado di incidere sull'attività imprenditoriale o sulle pratiche aziendali del soggetto medesimo.

2. CASI CONCRETI DA PRENDERE IN CONSIDERAZIONE

a. *Violazione di disposizioni di carattere tecnico o commerciale*

Il caso concreto che meglio di ogni altro può mettere in evidenza questi aspetti è stato portato davanti ad un'Autorità giudiziaria italiana ed è attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia¹⁶.

Il caso portato davanti alla Corte di giustizia riguarda un liquore («Amaro alle erbe») prodotto in Germania e messo in vendita da una catena di distribuzione in Italia.

L'Autorità italiana competente, avendo accertato, nell'effettuare i controlli, che la gradazione alcolica indicata sull'etichetta della confezione (bottiglia sigillata) contenente il liquore, non corrispondeva a quella effettivamente rilevata al termine delle analisi, ha individuato nel distributore il destinatario della sanzione, al quale la stessa è stata irrogata nell'ammontare previsto dalla legge italiana per tale tipo di violazione.

¹⁶ Causa n. C-315/05 *Lidl Italia c. Comune di Arcole*. In tale causa sono state già presentate il 12 settembre 2006 le conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl.

Nel caso di specie la norma violata è contenuta nel decreto legislativo n. 109 del 27 gennaio 1992 (successivamente modificato), in materia di etichettatura dei prodotti alimentari che ha recepito la corrispondente normativa comunitaria, attualmente contenuta nella già citata direttiva n. 2000/13.

L'art. 3, par. 1, punto n. 10 della direttiva n. 2000/13 stabilisce in effetti che tra le menzioni obbligatorie da riportare in etichetta deve anche figurare «*l'indicazione del titolo alcolometrico volumico effettivo*».

Poiché, dopo le analisi, come abbiamo ricordato, la gradazione alcolica del prodotto è risultata inferiore a quella dichiarata in etichetta, l'Autorità di controllo aveva una possibilità di scelta: o irrogare la sanzione al produttore tedesco situato in Germania oppure applicarla al distributore che operava in Italia.

Come si può comprendere, la violazione accertata nella fattispecie concreta riguardava un aspetto meramente commerciale, non sussistendo alcun problema di ordine sanitario o relativo alla sicurezza del prodotto venduto. Per di più, trattandosi di un prodotto che presentava una gradazione alcolica inferiore a quella dichiarata, era da escludere qualsiasi pregiudizio per la salute dei consumatori derivante dall'indicazione ingannevole riportata sull'etichetta.

Orbene, poiché quando il distributore commercializza un prodotto preconfezionato (definito dall'art. 1, par. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2000/13, come un prodotto avvolto in un imballaggio «*in modo che il contenuto non possa essere modificato senza che l'imballaggio sia aperto o alterato*») deve venderlo nella confezione originale predisposta dal produttore, è evidente che la responsabilità per ogni divergenza tra la dichiarazione riportata in etichetta e la composizione effettiva del prodotto potrà essere attribuita unicamente al produttore, che dovrebbe essere considerato come destinatario della sanzione e, per di più, come probabile responsabile della violazione.

In modo analogo occorre procedere con riferimento ad altre indicazioni obbligatorie di carattere tecnico, come quella relativa al numero del lotto che deve essere sempre riportato su ogni confezione di prodotti alimentari, in base alla direttiva n. 89/396¹⁷, per indicare la partita di appartenenza del prodotto. Ebbene, se manca del tutto il numero di lotto sulla confezione, sono responsabili tanto il produttore quanto il distributore. Se invece il numero di lotto è sbagliato, soltanto il produttore sarà responsabile in quanto il distributore non può conoscere il lotto di appartenenza delle singole partite di prodotto.

Per riprendere altri esempi riferiti a norme di carattere commerciale, possiamo citare le prescrizioni relative agli ingredienti che compongono il prodotto posto in vendita. Come appare evidente, soltanto il produttore può conoscere i prodotti utilizzati per produrre il prodotto finito, per cui soltanto il produttore può essere dichiarato responsabile nel caso in cui la composizione di un prodotto preconfezionato, e, quindi, non verificabile senza la rottura

¹⁷ *Guce* n. L 186 del 30 giugno 1989.

dell'imballaggio (o l'apertura della confezione) che contiene il prodotto, dovesse risultare diversa rispetto alle indicazioni riportate in etichetta.

La responsabilità del distributore, con riferimento ad un prodotto preconfezionato, quando dovesse essere contestata la difformità del suo contenuto rispetto alle indicazioni riportate in etichetta, potrebbe unicamente sorgere nel caso in cui tale difformità risultasse percepibile dall'esterno della confezione senza necessità di rompere o manomettere la confezione stessa che contiene il prodotto¹⁸.

Un esempio banale, ma calzante, potrebbe riguardare la denominazione di vendita «fragole» apposta sull'etichetta di una confezione trasparente che contiene invece un prodotto diverso come le ciliegie. In un caso siffatto, la violazione commessa dal distributore che commercializza un prodotto con una denominazione di vendita scorretta, si aggiunge a quella del produttore che ha predisposto un'etichetta palesemente sbagliata.

In tale ipotesi non vi è dubbio che entrambi gli operatori hanno violato precise disposizioni di *carattere commerciale* previste dalla legislazione nazionale che ha recepito la normativa comunitaria sull'etichettatura.

Per quanto riguarda l'Italia, questo approccio è espressamente seguito, da moltissimi anni, in base alla legge n. 283 del 1962 in precedenza citata¹⁹.

In base all'art. 19 di tale legge n. 283/1962, il distributore può essere ritenuto responsabile soltanto nel caso in cui la violazione contestata sia imputabile alla sua negligenza (*responsabilità per colpa*)²⁰.

¹⁸ Ai punti n. 64 e n. 65 delle sue conclusioni presentate per la causa n. C-315/05, *cit. supra*, nota 16, l'Avvocato Generale affida al giudice nazionale il compito di accertare, nella fattispecie concreta, se il distributore sia «effettivamente in grado di controllare l'esattezza delle indicazioni apposte sull'etichetta del prodotto alimentare». Ma se il compito del giudice consiste nell'accertare "in fatto" se il distributore sia in grado di controllare l'esattezza delle indicazioni apposte sull'etichetta di un prodotto alimentare preconfezionato, il suo compito si riduce a quello di verificare se il distributore, leggendo l'etichetta, sia in grado di constatarne l'eventuale non conformità alla normativa applicabile, senza dover manomettere la confezione che contiene il prodotto. Se, al contrario, il giudice dovesse pretendere che il distributore proceda a constatare la corrispondenza tra l'etichetta e il contenuto del prodotto, in tal caso finirebbe per attribuire al distributore un compito che è invece riservato all'Autorità di controllo, quello cioè di analizzare la composizione del prodotto mediante la manomissione della confezione (o dell'imballaggio) contenente il prodotto medesimo. Tale manomissione impedirebbe per di più al distributore di commercializzare il prodotto preconfezionato rendendo impossibile l'esercizio della sua attività. Attribuire un obbligo del genere al distributore sarebbe dunque irragionevole e costituirebbe una palese misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative nel commercio intracomunitario. Che poi l'impresa di distribuzione, come accennato nelle conclusioni sopra citate (punto 63), possa pretendere dall'impresa di produzione il rispetto delle regole di qualità e di correttezza, questo rientra nella prassi normalmente seguita da ogni impresa commerciale che voglia essere competitiva sul mercato, ma non ha niente a che vedere con il nostro problema. Il nostro problema riguarda l'individuazione del responsabile della violazione e del destinatario della sanzione, problema che può sorgere in qualsiasi momento indipendentemente da tutti i controlli preventivi effettuati e dalle qualifiche professionali dei soggetti che li hanno eseguiti.

¹⁹ Cfr. *supra*, nota 7.

²⁰ Cfr. G. NICOLINI, *Il prodotto alimentare: sicurezza e tutela del consumatore*, Padova, Cedam, 2003, p. 134.

Stabilisce infatti l'art. 19 della legge n. 283/1962 che:

«Le sanzioni previste dalla presente legge non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione».

Orbene, in conformità a tale disposizione, e alla luce di una copiosa giurisprudenza pronunciata in Italia nel corso di quarant'anni dai Tribunali, dalle Corti d'appello e dalla stessa Corte di cassazione, è sempre stata esclusa la responsabilità del distributore con riferimento alle contestazioni concernenti la difformità tra le indicazioni riportate sull'etichetta del prodotto e la composizione del prodotto medesimo, quando tale difformità non fosse rilevabile dall'esterno della confezione e potesse essere accertata soltanto mediante l'apertura o la manomissione della confezione medesima²¹.

Come già ricordato, anche per le prescrizioni di carattere commerciale, come per quelle di carattere tecnico, se le indicazioni obbligatorie non risultano riportate sull'etichetta del prodotto, in tal caso pure il distributore sarà responsabile al pari del produttore che ha ommesso di riportarle.

Per considerare pertanto responsabile il distributore e per poterlo sanzionare, occorre che lo stesso si sia comportato in modo almeno negligente, contribuendo così, colposamente, a rendere possibile la violazione contestata²².

Un elemento di prova per dimostrare che, di regola, il solo produttore è responsabile dell'inosservanza delle norme di carattere commerciale, può essere ricavato dalla relazione predisposta dalla Commissione per la direttiva n. 2003/89 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di indicazione degli ingredienti in grado di provocare allergie a determinati consumatori. In ta-

²¹ Cassazione penale, sentenza del 26 giugno 1992, (Gulinelli), in *Giurisprudenza italiana*, 1993, II, p. 587 nonché Cassazione penale, sentenza del 28 giugno 1989, (Grieco), in *Rivista penale*, 1990, p. 790.

²² Un caso interessante è stato deciso dalla Corte di cassazione, sez. II civile, con sentenza del 12 luglio-12 ottobre 2005, n. 19774. In tale fattispecie, il fornitore di un quantitativo di confezioni di "Coca-Cola" che aveva messo a disposizione del distributore tali confezioni per la vendita al consumatore finale, è stato sanzionato dal Giudice di pace perché le confezioni, destinate ai consumatori italiani, recavano etichette scritte unicamente in lingua inglese. La decisione del Giudice di pace è stata completamente ribaltata dalla Corte di cassazione con la sentenza citata, perché in base alle disposizioni sull'etichettatura (art. 3 del decreto legislativo n. 109/1992) l'etichetta deve essere scritta in lingua italiana (o in più lingue, compresa quella italiana) per cui, nel caso di specie, era il distributore che doveva essere considerato responsabile della violazione, perché doveva (e poteva) rendersi conto che la normativa sull'etichettatura era stata violata. All'origine dell'intera vicenda, conviene sottolinearlo, vi era però un'importazione parallela di partite di Coca-Cola da Paesi terzi (non facenti parte dell'Unione europea), che non era stato possibile impedire. Questo spiega la presenza delle etichette scritte soltanto in lingua inglese sul mercato italiano.

le relazione²³ la Commissione fa espresso riferimento al parere tecnico dell'Istituto scientifico consultato in questa materia, nel quale viene dichiarato esplicitamente che:

«la migliore politica per l'UE consiste nel provvedere affinché l'utente [consumatore] riceva informazioni corrette e dettagliate su ogni tipo di alimento e su ogni ingrediente che partecipa alla composizione del prodotto finito, e nel fare in modo che i fabbricanti rispettino i suddetti requisiti».

Come si vede, anche in questo caso, la responsabilità della corretta indicazione sull'etichetta degli ingredienti che compongono il prodotto può soltanto incombere sul produttore, l'unico soggetto in grado di conoscere gli ingredienti utilizzati nella produzione del prodotto alimentare.

D'altra parte, come già ricordato, se si dovesse imporre al distributore l'obbligo di controllare l'esattezza di tutte le dichiarazioni riportate sull'etichetta dei prodotti alimentari da esso commercializzati, mediante l'apertura delle confezioni contenenti i prodotti posti in vendita, verrebbe introdotta una restrizione al commercio intracomunitario, identificabile come misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, vietata dall'art. 28 del Trattato Ce.

A tale proposito dovrebbe essere qualificato come misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative lo stesso art. 19 della legge n. 283/62, in precedenza esaminato, se fosse interpretato in modo da considerarlo applicabile soltanto nel caso in cui il produttore del prodotto fosse un'impresa italiana mentre non sarebbe applicabile se il produttore, come nella fattispecie della causa n. C-315/05 sopra esaminata, fosse un'impresa comunitaria. Ci troveremo di fronte, in tal caso, ad un'evidente discriminazione ai danni del distributore che immette sul mercato italiano prodotti provenienti dagli altri Paesi membri che risulterebbero, quindi, a loro volta discriminati²⁴.

b. *Violazione di disposizioni di carattere sanitario*

Se, diversamente dai casi sopra esaminati, la violazione contestata dovesse riguardare una disposizione della normativa alimentare di carattere sanitario, l'Autorità di controllo potrebbe incontrare maggiori difficoltà nell'individuare il destinatario della sanzione.

²³ Cfr. Doc(Com) 2001 n. 433 def. del 6 settembre 2001.

²⁴ Purtroppo la Corte di cassazione, III sezione penale, segue l'indirizzo errato criticato nel testo. Infatti nella sentenza n. 3712 del 3 febbraio 2005 la Corte ha affermato che «l'esimente prevista dall'art. 19 della legge n. 283/1962 per i prodotti alimentari commercializzati in confezioni originali, non si applica quando il prodotto sia stato confezionato all'estero», cfr. *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2005, p. 662 s. Come si vede, tale indirizzo comporterebbe la violazione dell'art. 28 del Trattato Ce, come indicato nel testo.

Di regola, però, le prescrizioni di una norma come l'art. 19 della legge n. 283/62, sopra riportato, potrebbero senz'altro trovare applicazione anche in una fattispecie riferita alla violazione di disposizioni di carattere sanitario.

Se, ad esempio, un prodotto alimentare confezionato, come una confezione di carne in scatola (o di tonno in scatola), che non presenta alterazioni o rigonfiamenti visibili dall'esterno, dovesse contenere corpi estranei, inavvertitamente introdotti nella scatola durante la fase di produzione del prodotto, in tal caso sembra evidente che al distributore non potrebbe essere attribuita alcuna responsabilità per omissione o negligenza, per cui soltanto il produttore dovrebbe essere individuato come destinatario della sanzione.

Se, al contrario, la violazione rilevata dovesse riguardare una contaminazione microbiologica la cui origine non fosse subito chiaramente identificabile (perché non risulta se debba essere attribuita ad una produzione difettosa o ad una cattiva conservazione da parte del distributore), in tal caso non si può chiedere all'Autorità di controllo di eseguire indagini specifiche per individuare il destinatario della sanzione in quanto, alla luce delle disposizioni del regolamento n. 178/2002 sopra esaminate e in base al principio di precauzione, tale Autorità può individuare, stante l'incertezza, anche nel distributore il destinatario della sanzione.

Spetterà poi al distributore difendersi nel procedimento che verrà instaurato per dimostrare in sede penale, civile od amministrativa che il responsabile effettivo della violazione è il produttore o un altro soggetto.

In linea generale, pertanto, in caso di violazione di norme poste a tutela della salute o riferite alla sicurezza degli alimenti, l'Autorità di controllo può intervenire in tutte le fasi della produzione, della trasformazione, della distribuzione e della somministrazione dei prodotti alimentari, esercitando un potere discrezionale più ampio perché fondato sui precetti e sui principi contenuti nel regolamento n. 178/2002 e in particolare sul principio di precauzione.

Oltre ad individuare il destinatario della sanzione, l'Autorità di controllo, come è noto, potrà disporre il sequestro dei prodotti contestati all'interno del Paese considerato e avvisare le autorità degli altri Stati mediante il sistema di allarme rapido allo scopo di prevenire la diffusione dei rischi²⁵.

Il destinatario della sanzione, come già ricordato, avrà il diritto di far accertare a quale soggetto dovrà essere attribuita la responsabilità effettiva della violazione commessa, difendendosi davanti all'Autorità giudiziaria così come riconosciuto nel *considerando* n. 43 del regolamento n. 882/2004 sui controlli ufficiali, secondo cui:

²⁵ Cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, cit. *supra*, nota 3, p. 159 ss.

«gli operatori dovrebbero aver diritto di impugnazione avverso le decisioni prese dalla autorità competenti in seguito ai controlli ufficiali ed essere informati di tale diritto».

Le decisioni emesse al termine dei procedimenti avviati davanti all' Autorità giudiziaria consentiranno di risolvere in modo definitivo, all'interno di ogni singolo Stato, il problema dell'individuazione dei responsabili delle violazioni di volta in volta contestate.

È da ritenere che gli esiti di questi procedimenti introdotti all'interno dei vari Stati membri possano offrire alla Commissione europea l'opportunità di decidere se avviare una proposta di armonizzazione delle disposizioni nazionali applicabili al fine di evitare l'insorgere di ostacoli al commercio intracomunitario dei prodotti alimentari.

Fausto Capelli

RECENSIONI

Ugo Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, II edizione, Giuffrè, Milano, 2005, pp. XVI-252, € 25,00

Nella ben nota collana dedicata ai «Contratti e Commercio Internazionale», frutto della direzione incrociata di commercialisti ed internazionalisti, compare la presente opera di Ugo Draetta, giunta alla sua seconda edizione, fondamentalmente dedicata allo studio dello strumento di comunicazione più diffuso di nuova generazione, ossia internet, nell'ambito del suo ampio utilizzo nel commercio elettronico. Emerge da subito una complessità della trattazione, che da un lato richiede competenze tecnico-giuridiche di non poco rilievo e dall'altro lo sforzo di ricollegare a principi giuridici, e quindi, ove possibile, a norme specifiche, esigenze di tutela privatistiche interconnesse ad un villaggio globale, espressione di uno *ius communicationis totius orbis*. In tal senso la delocalizzazione di internet pone degli interrogativi di non poco rilievo coinvolgenti i limiti delle competenze legislative statali, da un lato, e la *vis attractiva* del contratto, inteso come rapporto regolatore ed espressione della autonomia privata, dall'altro. Ne deriva, come necessario, un inquadramento giuridico trans-nazionale, tale da individuare il fenomeno nella sua allargata dinamicità giuridica, rispetto ad una esclusiva regolamentazione statale, che, si badi bene, si integra, e talvolta recepisce un completamento, o superamento di disciplina, da fonti sovraordinate o di più ampio carattere proveniente dalla prassi di mercato (*lex mercatoria*), evidenziando così i limiti dello spettro della sovranità statale.

Nell'opera qui recensita si presenta, pertanto, fondamentale la ricerca delle fonti di regolamentazione finalizzate alla identificazione di un quadro organico, sia pur composito nei suoi elementi giuridici, così da garantire tute-

la ai rapporti commerciali che si avvalgono di uno strumento "privo" di una identificazione territoriale. In tale contesto si inserisce l'opera articolata in quattro capitoli ciascuno dei quali corredati da un'ampia e preziosa bibliografia di settore, italiana e straniera. Nella prima parte dell'opera e più precisamente nel primo capitolo (pp. 1-46) si pone quale punto di partenza dell'analisi l'incidenza dell'erosione del monopolio statale nella regolamentazione del commercio elettronico, inteso tale fenomeno, come una perdita di sovranità nel senso classico del significato, rispetto ad organizzazioni soprannazionali che dotate di proprie competenze, istituzioni ed atti, riescono maggiormente a captare fenomeni giuridici effetto di un mercato globalizzato.

Sono state così stipulate, a partire dal secondo dopoguerra, alcune convenzioni internazionali, per esempio nel campo della vendita internazionale o completate ed estese convenzioni esistenti, per esempio nel campo dei trasporti, al fine di stabilire norme uniformi sostitutive delle corrispondenti norme interne in materia. Non soltanto norme sostanziali hanno fatto oggetto di diritto uniforme internazionalmente imposto, ma anche norme interne di diritto internazionale privato e processuale, regolando l'assetto giuridico dei rapporti tra privati. Incidente sulla sovranità statale nella regolamentazione dei rapporti tra privati si è posta, inoltre, l'evoluzione del diritto comunitario e in particolare gli atti direttamente applicabili, che nel corso degli anni hanno sempre di più predeterminato i contenuti stessi dei rapporti nell'ambito della loro autonomia contrattuale (per esempio i regolamenti comunitari in materia di *franchising*), così da far ricondurre, secondo l'Autore, tali atti per l'effetto scaturente (p. 12), al diritto internazionale dei privati.

Alla stessa "fonte convenzionale" vengono ricondotte, inoltre, gli usi del commercio internazionale e i codici di autoregolamentazione inquadrabili i primi nella *lex mercatoria* e i secondi nella categoria ben più ampia ed in uso ossia quella del *soft law*. Viene subito sottolineato dall'A. nel capitolo secondo (pp. 51-109) che trattasi di fonti dal carattere estremamente disomogeneo e pertanto sfuggenti ad ogni tentativo di inquadramento dogmatico in linea con il carattere diseguale e specifico dei problemi giuridici propri di internet e del commercio elettronico. Allo stesso tempo però ciò non deve significare secondo l'A. assenza di regolamentazione, che si ripete scaturisce da un *multilevel* sovranazionale o meglio extrastatale, rappresentante le fonti stesse della regolamentazione. Basti pensare per il diritto comunitario alla direttiva n. 31 dell'8 giugno 2000 sul commercio elettronico la quale è tesa a favorire sulla base degli artt. 43 e 49 Trattato CE l'instaurazione di un mercato digitale unico, ponendo quale principio regolatore per l'attuazione il rispetto delle regole del Paese d'origine (art. 3 della direttiva); in base ad esso quindi i servizi della società dell'informazione, se sono conformi alle norme relative all'ambito regolamentato vigenti nel Paese del fornitore, devono potere circolare liberamente negli Stati dei destinatari dei servizi stessi.

Sono previsti all'interno della direttiva delle eccezioni in ordine all'ambito regolamentato, come allo stesso modo sono previste delle eccezioni per alcuni settori indicati nell'allegato alla direttiva, rispetto ai quali gli Stati restano liberi di applicare il principio del Paese di destinazione, in luogo di quello del Paese di origine, ovvero di far valere proprie norme eventualmente restrittive della libertà di circolazione dei servizi della società della informazione, restando applicabili le altre norme della direttiva, ossia quelle relative al regime di stabilimento e di informazione alle comunicazioni commerciali, ai contratti conclusi per via elettronica, alla responsabilità dei prestatori intermediari, nonché quelle sui meccanismi di garanzia. Certamente un primo contesto organico di regolamentazione dei traffici commerciali va ricercata nella Legge Modello sul commercio elettronico adottata nel 1996 dall'UNCITRAL, sia pur come fonte di *soft law*, nella quale vengono proposti agli Stati l'adozione di alcuni principi generali in materia di commercio elettronico, lasciando agli stessi Stati assoluta libertà per quanto riguarda l'adozione di regole di dettaglio. Al riguardo, la Legge Modello si ispira a due principi di base, quello della non discriminazione pregiudiziale, in virtù del quale occorre eliminare il *media-bias* che favorisce il documento cartaceo rispetto a quello non cartaceo, e il principio della «equivalenza funzionale», in virtù del quale occorre rivisitare la funzione e la *ratio* di strumenti giuridici tradizionali per adattarli, laddove possibile, ad un contesto di attività commerciali dematerializzate, ovvero, che prescindono da un supporto cartaceo (pp. 93).

Non a caso il documento digitale rappresenta il punto di partenza di una analisi complessiva pragmatica alla quale lo stesso A. dedica il terzo capitolo (pp. 113-196), analizzando le problematiche connesse alle varie fasi di una conclusione del contratto in forma digitale, partendo dalla firma elettronica e le sue diverse tipologie, così come regolamentata dalla direttiva Ce n. 93 del 13 dicembre 1999, fino al profilo fiscale delle operazioni, di non facile risoluzione, se la conclusione del contratto ha riguardato soggetti privati. Nell'ampio contesto giuridico del commercio elettronico non potevano non essere trattati i profili per così dire "esterni" al momento del contratto, quale per esempio la protezione dei consumatori nelle sue diverse articolazioni collegate anche alla sfera più vicina dell'individuo, ossia la *privacy*, si pensi ad esempio alle problematiche connesse allo *spamming*, ad onta dello strumento telematico che può dare un'immagine di sé distanziata dalla sfera dell'individuo stesso.

Come si nota la delocalizzazione di internet, che si suddivide in reti, piuttosto che in Stati, pone interrogativi anche in ordine ai profili processuali del commercio elettronico trattati nella parte finale dell'opera (pp. 203-234). Anche per quest'ultimo profilo bisogna riconoscere all'A. la puntuale analisi e il merito di trattazione che dapprima si sofferma sull'individuazione delle diverse fonti a carattere sovranazionale – tra le tante il Regolamento Ce n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giu-

risdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale che parzialmente ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 – e nazionale, la stessa legge di riforma del diritto internazionale privato, pensata per situazioni soggettive riconducibili pur sempre ad una sovranità territoriale, e di poi con oggettiva analisi individua i limiti normativi per quelle situazioni giuridiche che non possono essere in pieno distaccate dallo strumento telematico, si pensi ad esempio alle problematiche connesse in ordine al luogo di commissione degli illeciti compiuti attraverso internet (pp. 209-214).

Opere del genere rappresentano senz'altro un prezioso punto di riferimento del superamento del rapporto Stato-mercato, ma allo stesso tempo offrono utili spunti riflessivi se si muove l'indagine da una diversa prospettiva, non più statale, ma sovranazionale, nella quale vengono individuati strumenti concreti di intervento anche in ordine a fenomeni che in alternativa sarebbero relegati esclusivamente alla prassi di mercato, alla quale viene attribuito un ruolo integrativo e non esaustivo di soluzioni giuridiche possibili nel diritto internazionale dei privati. In sede di valutazione finale, non può che riconoscersi, all'A. il merito di una trattazione non riconducibile esclusivamente alla *lex contractus* e alla *lex voluntatis*, le quali rappresentano per i gius-commercialisti l'unica "ancora di salvezza" degli operatori giuridici di fronte alla nuova tipologia di conflitti di leggi e di loro soluzioni offerte nel mondo globalizzato. È pertanto merito dell'A. aver offerto un panorama completo ed equilibrato delle norme comunitarie vigenti ai vari livelli, inquadrato all'interno di un sistema concettuale oramai largamente condiviso, ed offerto agli operatori internazionali e agli studiosi della disciplina un utile strumento di analisi e di approfondimenti ulteriori.

Francesco Buonomenna

Koen Lenaerts - Dirk Arts - Ignace Maselis (editor: Robert Bray), *Procedural Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2006, 2nd edition, pp. 790, € 57,50

L'opera qui recensita, giunta alla seconda edizione, costituisce un pregevole strumento di lavoro, di approfondimento e di studio, che potrà interessare il professionista forense, il giudice, nonché l'accademico. Questo libro di diritto processuale comunitario si differenzia da altri testi già esistenti sul mercato poiché esamina i principi sui quali è basata la procedura, ed analizza il modo in cui la Corte di giustizia ed il Tribunale di primo grado applicano tali principi.

Tra gli AA. spicca il nome di Koen Lenaerts, Professore di Diritto comunitario presso l'Università Cattolica di Lovanio, in precedenza giudice del

Tribunale di primo grado, ed attualmente giudice della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Appena aperto, il testo impressiona per la ricchezza delle note, sia nel numero quanto nell'accurata ricerca sottesa ad esse. Ogni parte del libro è costruita sulla base delle sentenze della Corte e del Tribunale attinenti alla materia esaminata, nonché sui relativi approfondimenti dottrinali.

Già da una prima lettura è possibile apprezzare la coerenza e la sistematicità del libro. A tale riguardo, sia l'indice analitico quanto quello alfabetico, associati ad un sistema di riferimenti che interessano, sezioni, capitoli e paragrafi, rendono questo libro un efficace strumento di lavoro e di studio.

Per quanto attiene alla pratica forense, gli AA. hanno posto particolare attenzione alle materie relative al diritto della concorrenza, agli aiuti di Stato, all'*anti-dumping* ed in modo specifico ai relativi rimedi messi a disposizione dal diritto processuale comunitario.

Come nella prima edizione, gli AA. hanno messo in evidenza il ruolo cruciale delle Corti nazionali, nella loro veste di primo giudice comunitario, sia in relazione alla soluzione delle controversie pendenti davanti alla loro giurisdizione, che alla cooperazione con la Corte di giustizia attraverso il sistema previsto dal rinvio pregiudiziale. Detto rinvio interessa le prime tre parti del libro.

La prima parte introduce il rinvio pregiudiziale e le varie possibili applicazioni. Inoltre, esamina il modo in cui la giurisprudenza della Corte ha cambiato la cooperazione tra Corti nazionali e la Corte stessa.

La seconda parte tratta del controllo sulla corretta applicazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri. In modo specifico, gli AA. esaminano i procedimenti di infrazione contro uno Stato membro. Inoltre, gli AA. approfondiscono la relazione di questi procedimenti con i rinvii pregiudiziali. Come è noto, le Corti nazionali spesso utilizzano tale strumento per verificare la compatibilità delle leggi e pratiche nazionali con il diritto comunitario.

La terza parte è dedicata alla protezione contro gli atti illegali delle Istituzioni dell'Unione e tratta del rinvio pregiudiziale come mezzo di verifica della legalità degli strumenti giuridici adottati dalle Istituzioni. Inoltre, questa parte analizza le azioni di annullamento, per carenza, l'eccezione d'illegalità, l'azione di responsabilità, nonché le azioni per il risarcimento del danno.

La quarta parte è consacrata a diverse procedure specifiche. Gli AA. esaminano la ripartizione delle competenze giurisdizionali della Corte, del Tribunale di primo grado e delle camere giurisdizionali in relazione ai provvedimenti provvisori ed ai mezzi di ricorso. Inoltre, questa parte analizza le azioni relative al diritto sulla proprietà intellettuale, fino alle convenzioni concluse dagli Stati membri. Particolare attenzione è dedicata alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

La quinta parte è dedicata in modo sostanziale allo svolgimento concreto della procedura di fronte alla Corte di giustizia e al Tribunale di primo grado. In modo specifico, questa parte esamina la composizione delle sezioni, la fase scritta, l'attività istruttoria, la fase orale, il regime linguistico, la lingua processuale e quella di lavoro.

L'appendice del libro contiene lo Statuto della Corte di giustizia e il regolamento di procedura di entrambe le istanze comunitarie.

In ultimo, a conferma della sistematicità e della coerenza della struttura del libro, gli AA. esaminano ogni azione percorrendo lo stesso schema logico, in modo specifico: l'oggetto del ricorso o in modo più generale delle controversie, le parti, le peculiarità di ogni azione e gli effetti della cosa giudicata.

Questa seconda edizione tiene conto dell'ultimo allargamento dell'Unione, dei cambiamenti apportati allo Statuto della Corte dal Trattato di Nizza ed esamina il ruolo del Tribunale della funzione pubblica istituito nel novembre 2004, nonché delle altre camere giurisdizionali.

Infine, l'opera eccelle per l'accuratezza della terminologia nonché per la sistematicità usata nel redigere il libro in lingua inglese. A tale riguardo, l'editore, Robert Bray, ha saputo con rara perizia sposare il linguaggio giuridico processuale comunitario a quello continentale ed inglese.

Questo libro si affianca all'altra opera enciclopedica, di carattere istituzionale e materiale, di cui lo stesso giudice Lenaerts è coautore: *Constitutional Law of the European Union* (K. LENAERTS - P. VAN NUFFEL - R. BRAY (editor), Sweet & Maxwell, 2005, 2nd edition, pp. 969, Euro 57,50).

Claudio Loggi*

Marta Bargis - Eugenio Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Collana «Procedura Penale Commenti», Torino, Giappichelli, 2005, pp. XVI-680, € 68.00

Com'è noto il tema oggetto del volume qui recensito, oltre ai perimetri specialistici della Dottrina e alle difficoltà di applicazioni, ha movimentato il dibattito politico-culturale in materia di cooperazione giudiziaria, non soltanto nel nostro Paese. La legge n. 69 del 22 aprile 2005, normativa di attuazione della decisione quadro n. 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, è in vigore da poco più di un anno e, dopo le prime "riflessioni" giurisprudenziali, gli operatori avvertono la necessità di fare il punto, giovandosi di un'assai articolata disamina che non può non tener conto della complessità della vicenda giuridica in un momento in cui si avvia la costruzione di un "sistema penale europeo".

* Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

Su questa tematica si sono confrontati in modo proficuo i curatori del volume, riuscendo a coordinare un gruppo di lavoro a carattere specialistico nella necessaria multidirezionalità di indagine. Lorenzo Salazar traccia le linee del controverso negoziato che ha portato alla "giudiziarizzazione" della procedura ed affronta lo spinoso capitolo dei reati politici. Dibattuto appare anche l'aspetto della tutela dei diritti fondamentali in riferimento alle garanzie della normativa derivata, su cui ha riferito Barbara Piattoli. Lorenzo Picotti si è occupato del bilanciamento tra principio di legalità e doppia incriminazione anche in relazione al dato sulla potestà coercitiva dello Stato d'esecuzione a favore della libertà dell'estraddando, argomento oggetto di analisi anche per Silvia Buzzelli che si è soffermata sugli aspetti processuali e relativi parametri delle garanzie costituzionali. Emmanuel Barbe, affrontando la disamina del testo del preambolo della decisione quadro, non ha mancato di evidenziare aspetti inerenti ai diritti fondamentali. Altrettanto arduo il compito affidato a Lorenzo Ricotti, chiamato a riflettere sul campo di applicazione tra reati in lista e fuori lista nonché sulla disciplina attuativa nazionale. Orlando Villoni ha trattato, con dovizia di particolari tecnici, la complessa tematica inerente le autorità competenti e la custodia cautelare all'estero, mentre Michele Caianiello ha analizzato il principio di specialità. Ha posto l'attenzione sui problemi di diritto, soprattutto intertemporale, transitorio, Maria Riccarda Marchetti. Sul consenso alla consegna si è soffermato Francesco Lo Voi, sulla decisione sull'esecuzione Gabriele Ruzzolino, sui mezzi di impugnazione Massimo Ceresa-Gastaldo, sui termini e modalità della consegna Andrea Ragazzino, sulle misure reali Ersilia Calvanese, sul procedimento di emissione e sul transito Fabrizio Siracusano, sulle disposizioni finali e transitorie Gaetano De Amicis e Gabriele Ruzzolino; degli aspetti comparativistici in ordine all'attuazione del mandato d'arresto europeo negli altri Stati membri dell'Unione europea si è occupato Gaetano De Amicis.

Il volume, come si anticipava, presenta una multidirezionalità d'indagine a cominciare dalla imprescindibile riflessione sulle garanzie procedurali in un ambito tra i più delicati della tutela di rango costituzionale dei diritti del cittadino. Recentemente la Corte di cassazione, in linea con la Corte di giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03), ha ribadito il principio dell'interpretazione conforme, che richiede al giudice del rinvio di interpretare il diritto nazionale seguendo le indicazioni derivanti dal diritto comunitario. Il venir meno della verifica sulla doppia incriminazione indurrà le normative dei "venticinque" a ricercare, oltre alla cooperazione giudiziaria, una concreta politica che dovrebbe condurli a condividere le categorie di disvalore sociale di fatti e comportamenti. Un'evoluzione di cultura comunitaria che porterà all'introduzione di più precise ed articolate garanzie per l'arrestato, ampliando l'individuazione dei diritti della difesa, ed avviando la formazione di una magistratura europea e di una procura europea.

Il volume oggetto della presente recensione sviluppa un'autorevole ricerca che non manca di sottolineare la centralità dell'obbligo, per l'autorità giudiziaria emittente, di allegare copia e relativa documentazione del provvedimento originale quale imprescindibile presupposto per la verifica dei richiesti gravi indizi di colpevolezza. Su questi ultimi, la Corte di cassazione ha avuto modo di intervenire – per quanto concerne la motivazione – con interpretazione riduttiva, condivisa dai curatori dell'opera, allorquando, in particolare, si fa riferimento al «compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto di reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna»: il tutto in conformità all'orientamento della Corte di giustizia delle Comunità europee, che, in ordine al carattere vincolante delle decisioni quadro per gli Stati membri, si riporta al principio di interpretazione conforme, imponendo al giudice del rinvio, all'atto dell'applicazione del diritto nazionale, di interpretarlo alla luce della decisione quadro.

In estrema sintesi, il volume pone in luce come questa normativa, alla fine, dia impulso alla tutela delle garanzie fondamentali dell'indagato e dell'imputato sino alla raccomandazione della clausola di non regressione, nelle ipotesi di limitazioni o deroghe più sfavorevoli. Tutte finalità oggettivamente garantistiche, che, tenendo conto dell'attualità dell'emergenza di risposta comune alla criminalità sia etnico religiosa-finanziaria che ambientale, riescano a conciliare la tutela dei diritti individuali e collettivi con la formazione di un altrettanto comune sentimento di giustizia, sino ad avvicinarsi al mito della giustizia condivisa. L'opera si presenta come un valido strumento di conoscenza di una tematica complessa e, per alcuni versi, molto dibattuta quale il mandato d'arresto europeo; la multidirezionalità di indagine offre un quadro esauriente dell'argomento, sotto l'aspetto dottrinale e giurisprudenziale. Si rivolge, per qualità e completezza di argomentazioni, a cultori della materia sia di derivazione processual-penalista che comunitarista, rappresentando per tutti un prezioso strumento.

Ciro Manzolillo

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara - Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

ELISA BARONCINI, *Ricercatore confermato di Diritto internazionale - Incaricata delle supplenze di Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale / Università degli Studi di Bologna*

ELISABETTA BERGAMINI, *Ricercatore di diritto internazionale / Università degli Studi di Udine*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale - Assegnista di ricerca / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

SALVATORE D'ACUNTO, *Capo unità aggiunto presso la Commissione europea - Direzione generale Mercato interno e Servizi*

ROSSELLA INCARDONA, *Avvocato in Milano*

CLAUDIO LOGGI, *Servizio giuridico della Commissione europea*

CIRO MANZOLILLO, *Cultore di Organizzazione Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

GABRIELLA URSO, *Dottoranda in Diritto del lavoro europeo / Università degli Studi di Catania*

ARTICOLI

"GOVERNANCE" DELL'UNIONE EUROPEA, SOVRANNAZIONALITÀ E MODELLI APPLICABILI: UN TENTATIVO DI RIORDINO ALLA LUCE DELLA COSTITUZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: *Premessa - 1. Dalla Comunità di Stati alla nascita di un'opinione pubblica europea. Il valore del «metodo comunitario» e la nuova forma di democrazia - 2. Un raffronto con i sistemi federali e confederali. La questione dell'Unione europea come una organizzazione internazionale sui generis. Presupposto - 3. Segue: L'Unione europea come organizzazione internazionale sui generis. Il ruolo della Ceca - 4. Segue: Il presente ed il futuro dell'Unione come una confederazione di Stati - 5. Segue: Il futuro dell'Unione nella prospettiva della federazione di Stati - 6. Una conclusione aperta verso il futuro.*

Premessa

Il presente studio intende analizzare la specificità della "governance" dell'Unione europea alla luce dell'ampio dibattito suscitato dall'approvazione del «Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa»¹. Notevole attenzione è stata riservata al «trattato-costituzione» soprattutto dai giuristi e, in particolare, com'è comprensibile, dagli studiosi di diritto costituzio-

¹ Testo iniziale adottato dalla Convenzione europea per consenso il 13 giugno e il 10 luglio 2003, *Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee*, Lussemburgo, 2003. Poi in parte modificato dalla Conferenza dei Rappresentanti dei governi degli Stati membri a Bruxelles, 13 ottobre 2004, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dagli Stati membri ed in via di ratifica sebbene con non poche problematiche dopo le consultazioni popolari negative di Francia e Paesi Bassi. Per un primo approccio, cfr. V. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 9 ss.; G. STROZZI, *Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, *ivi*, 2006, p. 229 ss.; M. PANEBIANCO, *Quale leadership democratica nel nuovo Trattato di Roma?*, in questa *Rivista*, 2005, p. 421 ss.; F. CAPELLI, *Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea: due costituzioni per l'Europa*, Parte prima, *L'integrazione politico-economica dell'Europa. Precedenti storici-analogie-raffronti*, in questa *Rivista*, 2002, p. 147 ss.; Parte seconda, *Obiettivi perseguiti e realizzati dalle Comunità europee e dall'Unione europea*, *ivi*, 2002, p. 389 ss.

nale. Non sempre, tuttavia, l'impostazione seguita ha consentito di approfondire il fenomeno comunitario con il necessario distacco concettuale, con la conseguenza di rendere possibili accostamenti e formulazioni che, per la verità, non sempre si adattano al sistema istituzionale dell'Unione europea². Tale approccio stimola il "comunitarista" ad esprimere alcune considerazioni che potrebbero contribuire, senza pretese di completezza, all'arricchimento del dibattito che si è sviluppato soprattutto negli ultimi tempi.

Tra le molteplici questioni³ che la «costituzione» europea ha fatto sorgere, alcune sono infatti destinate ad incrociarsi nella prospettiva dell'integrazione europea⁴.

Va subito precisato che il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea non è un evento recente. La sua genesi può essere ricondotta già agli albori delle Comunità europee, ed in questo senso, l'attuale momento altro non è che il naturale corollario della *vis expansiva* del sistema sovranazionale⁵.

Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa firmato a Roma il 29 ottobre 2004, ci offre quindi l'opportunità di ritornare sulla questione del «modello»⁶ giuridico-politico applicabile all'Unione europea, per tentare un riordino delle varie tesi e, soprattutto, per caratterizzare tratti e caratteristiche peculiari della natura sostanziale della "governance" dell'Unione europea, che ne connotano la struttura e l'operare⁷.

² In argomento già le autorevoli considerazioni di F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497 ss.

³ Tra le quali sicuramente rilevano le consultazioni popolari negative in Francia e Olanda i cui esiti hanno quanto meno ritardato i tempi della prevista entrata in vigore del Trattato (art. IV-447, n. 2 Trattato Costituzione).

⁴ Sulla struttura del Progetto di Trattato come prevedibile vi è una copiosa dottrina. Per un primo commento sistematico, cfr. *Una Costituzione per la nuova Europa*, a cura del CIDE (Centro nazionale di informazione e documentazione europea-Geie), Milano, Giuffrè, 2003; A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, Milano, Giuffrè, 2004; L. S. ROSSI, *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004. Ma anche i due volumi collettanei M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, Jovene Editore, 2005.

⁵ Com'è noto, con riferimento al Trattato Cee l'espressione «carta costituzionale» è stata più volte utilizzata dalla Corte di giustizia comunitaria: se ne ricavava la *ratio* già nella giurisprudenza più risalente, ma vedi in particolare, sentenza del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339, punto 23; ordinanza del 13 luglio 1990 in causa n. C-2/88 *Imm., Zwartveld*, in *Raccolta*, 1990, p. I-3365, punto 16; parere 14 dicembre 1991, 1/91, in *Raccolta*, 1991, I, p. 6079, punto 21; sentenza del 23 marzo 1993 in causa n. C-314/91, *Weber*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1093, punto 8. In argomento L. ALBINO, *La progressiva costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 81 ss.

⁶ Nella Parte Prima l'art. 1, n. 1, seconda frase, del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa si afferma che «L'Unione coordina le politiche degli Stati membri dirette al conseguimento di tali obiettivi ed esercita sul modello comunitario le competenze che essi trasferiscono». Corsivo aggiunto. Di diverso tenore appare la versione inglese «The Union shall coordinate the policies by which the Member States aim to achieve these objectives, and shall exercise in the Community way the competences they confer on it». In argomento A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, loc. cit., p. 12.

⁷ Su cui già G. BISCOTTINI, *La natura giuridica delle Comunità europee*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 5 ss.; tra i tanti contributi, C. PINELLI, *Ipotesi sulla*

Per parte della dottrina, infatti, il dibattito non appare ancora definitivamente concluso, soprattutto ove si considerino le diverse prospettive assegnate da taluni al fenomeno comunitario⁸, sì da sollecitare, nell'ottica della Costituzione, contrastanti concezioni ed elaborazioni che ripropongono, invero, in modo alquanto tedioso, la «questione» del modello applicabile all'Unione europea⁹.

Il presente studio mira pertanto a riordinare le varie tesi che si sono susseguite negli anni, mettendo in evidenza quegli aspetti che più di altri paiono essere caratterizzanti della "governance" dell'Unione europea¹⁰.

1. Dalla Comunità di Stati alla nascita di un'opinione pubblica europea. Il valore del «metodo comunitario» e la nuova forma di democrazia

Riflettendo su quanto fino ad oggi attuato, non può negarsi che il processo di integrazione europea è stato finora realizzato nel rispetto del principio dello «spostamento» di quote sempre più ampie di sovranità statali in favore dell'Unione, grazie, soprattutto, al ruolo decisivo svolto dalla Corte di giustizia¹¹.

È noto che la Comunità europea è una comunità di diritto fondata su competenze di attribuzione¹², nel senso che gli Stati membri riconoscono e rispettano le obbligazioni sovranazionali derivanti dai trattati, con la conseguenza di accettare la gestione «centralizzata» di talune materie da parte delle istituzioni comunitarie.

forma di governo dell'Unione europea, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 315 ss.; A. LA PERGOLA, *Unione europea tra il mercato comune e un moderno tipo di confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 1 ss.; A. VALVO, *Futuri assetti decisionali ed istituzionali dell'Unione europea*, in *Riv. cooperaz. giur. int.*, 2003, 13, p. 111 ss. Ma anche, da ultimo, B. CONFORTI, *La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 2; F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005.

⁸ Tra cui M. PATRONO, *Il governo della prima Europa*, Padova, Cedam, 2003, in specie p. 147 ss.; M. PANEBIANCO, *Quale leadership democratica nel nuovo Trattato di Roma?*, cit. supra, nota 1, p. 421 ss.

⁹ Su cui già M. ALBERT - J. BOISSONAT, *Crisi, disastro, miracolo. L'Europa nel gioco a rischio dell'economia mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1988. Da ultimo, A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, 4a ed., Padova, Cedam, 2005, *Presentazione*, p. IX.

¹⁰ Su cui, cfr. i rilievi di L. S. ROSSI, *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 144; G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale. Entrata in vigore e revisione*, contributo alla «Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri sul Trattato che istituisce una costituzione per l'Unione Europea», Convegno CESIFIN - Firenze 18 febbraio 2005, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 631 ss.

¹¹ Sul punto G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4a ed., Padova, Cedam, 2005, p. 214; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea; verso una Costituzione europea*, 4a ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 318; T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 303 ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Parte istituzionale, Torino, Giappichelli, 2001, p. 329.

¹² Su cui R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, contributo alla «Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri sul Trattato che istituisce una costituzione per l'Unione Europea», cit. supra, nota 10, p. 390 ss.; T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 11, p. 303 ss.

Lo spostamento di sovranità si è realizzato pertanto, per gran parte, grazie al ruolo attivo della Corte di giustizia, vero organo «propulsore» dell'integrazione europea¹³.

A questo riguardo, mi pare non si possa accogliere la tesi, pur autorevole, di chi sostiene che nel sistema comunitario non esistono «competenze» bensì «obiettivi» e «politiche» per realizzarli attraverso l'utilizzo di basi giuridiche specifiche, giacché «il potere di adottare questo o quell'atto» è conferito «"allo scopo" di realizzare l'una o l'altra politica in funzione di questo o quell'obiettivo»¹⁴.

Com'è noto, l'azione della Comunità «alle condizioni e secondo il ritmo previsto», è disciplinata dal Trattato CE (art. 3), con la graduazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che coordinano il comportamento delle istituzioni (art. 5). Competenze che negli anni sono state meglio definite, al fine di adattare l'evoluzione del sistema sovranazionale al mutato contesto sociale, sia sul piano interno sia su quello internazionale¹⁵.

Occorre pertanto rilevare che gli Stati membri, sebbene sollecitati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, hanno mostrato un esercizio cedevole della sovranità che non ha paragoni nel panorama della cooperazione interstatale¹⁶. Nella prospettiva della costituzione di un «macro-ordinamento» giuridico, finalizzato all'amministrazione comune di taluni interessi prevalenti, con l'obiettivo fondamentale, da un lato, del mantenimento della pace nell'Europa integrata e, dall'altro, del conseguimento di una prosperità economica e sociale diffusa e condivisa, preconditione, quest'ultimo, del primo obiettivo¹⁷.

¹³ A. SAGGIO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Doc. giust.*, 1993, p. 278, parla di «motore» dell'integrazione europea. Sul ruolo della Corte di giustizia cfr. G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 426.

¹⁴ G. AMATO, *Verso la Costituzione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 292.

¹⁵ Così dall'Atto unico europeo (AUE) del 1986, passando attraverso la fondamentale ed insuperabile tappa di Maastricht del 1992, i minori ma pur sempre positivi momenti di Amsterdam (1997) e Nizza (2000), si è giunti, all'indomani della realizzazione dell'Unione economica e monetaria (UEM) che ha introdotto l'euro, alla stesura di un unico testo «costituzionale» per il futuro dell'Unione europea. Sulle revisioni fino al Trattato di Nizza cfr., *ex multis*, R. ADAM (a cura di), *Verso il Trattato di Nizza: la nuova Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 781 ss.; G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 61; R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 769 ss.; B. NASCIBENE, *Il Trattato di Nizza e l'allargamento della UE*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 5.

¹⁶ Sullo spostamento di sovranità G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 235ss. In argomento anche le sempre attuali considerazioni di F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 7 ss.

¹⁷ S. GAMBINO, *Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica*, in S. GAMBINO (a cura di), *Regionalismo Federalismo Devolution*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 9-11 sottolinea tuttavia la mancanza di una politica sociale europea e la insufficienza del sistema comunitario di tutela dei diritti umani.

Ne è scaturito un sistema profondamente *sovranazionale*¹⁸ di nuova concezione che, se evidenzia, da un lato, la forza centrifuga del sistema comunitario, dall'altra, sottolinea la determinazione degli Stati membri di proseguire nel cammino intrapreso, con un preciso significato politico¹⁹. La sostanziale indipendenza del sistema istituzionale comunitario dai governi e l'intangibilità delle competenze «erose», configurano una funzione propria dell'ente che altro non è che l'espressione materiale della volontà politica degli Stati membri²⁰.

Il sistema è tuttavia incompleto ed imperfetto e non tutti gli obiettivi prefissati sono stati raggiunti²¹. Né l'ordinamento giuridico scaturito dai trattati cui attiene la base giuridica della "governance" del sistema, spiega la propria efficacia in relazione all'universalità dei rapporti giuridici, bensì soltanto a determinati e ben individuati rapporti. Per questo motivo il sistema è necessariamente perfezionabile e suscettibile di ulteriori sviluppi.

D'altro canto, non può disconoscersi che il sistema comunitario ha proposto un nuovo modello integrativo di cooperazione politico-economica e, soprattutto, ha stabilito una nuova forma di democrazia²².

Una democrazia che l'Unione non impone, bensì condivide con gli Stati europei che intendono aderirvi e che si riconoscono nei medesimi valori²³, nella prospettiva di un rinnovato concetto di democrazia²⁴.

¹⁸ Aggettivo quindi da preferire, giacché meglio si adatta alla sostanza e agli effetti dell'ordinamento giuridico che governa l'integrazione europea, a detrimento del riferimento al più generale e diversificato ordinamento internazionale.

¹⁹ Sovranazionalità invero già conosciuta prima dell'esperienza comunitaria, ma mai così tanto rappresentata e rafforzata in un unico soggetto. Ricordo l'esperienza tedesca quali la *Zollverein* del 1834, oppure la Commissione del Danubio del 1856 (v. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Parte istituzionale, 4a ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 197).

²⁰ Su tali questioni, benché sul piano politico, cfr. L. ANGELINO, *Le forme dell'Europa*, Genova, Il Melangolo, 2003, p. 7.

²¹ Ad esempio in materia di «deficit comunitario», su cui U. VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1992, p. 599; R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra deficit democratico ed equilibrio interistituzionale*, in S. GAMBINO, *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 433 ss.; nonché, sulla incompletezza del sistema con riguardo alla giurisdizione comunitaria, cfr. P. BIAVATI - F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 10.

²² F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

²³ Modello di democrazia che sovente taluni comparano al modello USA, sebbene R. A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Roma-Bari, Laterza, 2003, ne abbia evidenziato i punti critici e le lacune.

²⁴ Attesa la crisi della democrazia rappresentativa e della legittimazione popolare dello stato democratico, che rende annoso il suo significato originario e propone nuove ed articolate formule. Il più sostanziale concetto di democrazia è oggi liberato dai canoni assoluti che hanno sempre postulato il potere e la partecipazione del popolo alla vita politica come essenza stessa della democrazia, per assegnare maggiore spazio a valori universali quali i diritti umani, la coscienza, la cultura. Questo è quanto è emerso dal convegno «La parola Democrazia» organizzato dal Gabinetto Scientifico Letterario Viessesux, Firenze 10-11 novembre 2005, consultabile su <http://www.viessesux.fi.it/culturali/calendario.html>.

Questo perché l'affermata idea di «stato-nazione» non fa più presa, mentre si affacciano nuovi modelli di democrazia alternativa che, tuttavia, non riescono in tempi relativamente brevi ad affermarsi sui precedenti.

La «triade» istituzionale comunitaria (con i suoi «pesi e contrappesi»), il percorso dell'affermazione e protezione dei diritti umani nell'Unione e la riduzione del c.d. «deficit democratico comunitario» ne sono un esempio tangibile²⁵.

La struttura istituzionale ha mostrato sin dalla nascita della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (Ceca), caratteri tipicamente *sui generis*, aspetto quest'ultimo che contrasta con chi ha ritenuto, quanto meno *ab initio*, la Comunità come «una complessa agenzia amministrativa intergovernativa»²⁶.

Il sistema costituzionale comunitario si fonda su un ordine costituito che, com'è noto, annovera come soggetti non soltanto gli Stati e le istituzioni ma anche gli individui. I cittadini dell'Unione europea e le persone residenti sul territorio comunitario, godono di talune prerogative che non possono essere ignorate.

Non può quindi affermarsi che non esiste un popolo, un corpo sociale europeo; esistono sicuramente tanti popoli ma tutti conseguenti alla matrice comune dell'«Antico Continente», espressione di una millenaria cultura europea²⁷.

Una genesi culturale comune che deve essere tenuta in debito conto²⁸.

Che dire allora dell'*opinione pubblica europea*²⁹?

Benché i cittadini dell'Unione europea siano stati solo parzialmente coinvolti nelle decisioni comunitarie (in dottrina si parla di «deficit partecipativo»³⁰), salvo il ruolo del Parlamento europeo, di quello limitato (e indiretto) dei Parlamenti nazionali, e l'incidenza occasionale di qualche *referendum*

²⁵ In argomento E. TRIGGIANI, *Sopranazionalità e internazionalità nell'evoluzione dell'Unione*, in M. L. TUFANO (a cura di) *Cantiere Europa*, atti del Convegno Napoli 6-7 giugno 2003, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 37 ss.

²⁶ G. AMATO, *Verso la Costituzione europea*, cit. supra, nota 14, p. 291. Lo stesso A. ha inoltre criticamente negato, quanto meno agli albori del processo di integrazione europea, l'esistenza di una dottrina di diritto comunitario (ivi, p. 291). In risposta a siffatte affermazioni B. CONFORTI, *La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta*, cit. supra, nota 7, p. 3 e A. TIZZANO, *I "neocoms" e la "scoperta" del diritto comunitario*, ivi, p. 4.

²⁷ Si vedano le considerazioni di R. ALBRECHT - CARRIÉ, *A Diplomatic History of Europe Since the congress of Vienna*, New York, Harper & Row, 1978, traduzione italiana *Storia diplomatica d'Europa (1815-1968)*, Roma-Bari, Laterza, 1978, Prefazione, p. XI.

²⁸ In questo senso gli studi e le relazioni che sono state prodotte da commissioni specifiche su richiesta della Commissione europea (Rapporto Cecchini, Delors, ecc.), consultabili in <http://europa.eu.int/italia/news/229533.html>

²⁹ Afferma F. P. CASAVOLA, *Argomenti per una Costituzione dell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2002, p. 214, che «ogni Stato-nazione ha curato l'educazione nazionale e attraverso essa ha plasmato un proprio modello di società. (...) L'assenza di una società europea va considerata anche in ordine alla inidoneità dell'opinione pubblica al controllo democratico della vita politica. Da questo punto di vista la democrazia in Europa resta ancora una prerogativa degli Stati nazionali». V. in argomento anche le riflessioni di F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651 ss.

³⁰ S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 17 ss.

consultivo, l'esistenza di una opinione pubblica europea (*rectius*: dell'Unione) non può essere messa in discussione.

Anche se, va detto, l'Unione non gode di buona stampa.

Malgrado ciò, nel bene e nel male, su tutti i giornali e attraverso gli strumenti mass-mediatici si parla quotidianamente di Unione europea e di questioni comunitarie; in molti luoghi si analizzano sotto tutti i punti di vista le problematiche della Grande Europa, così da poter affermare che una cospicua porzione di cittadini dell'Unione, risulta, in qualche modo, coinvolta emotivamente nelle vicende comunitarie, e in ciò che accade (o non accade) nelle sedi istituzionali dell'Unione.

È pur vero però, che va rilevata una sorta di «contro-cultura europea» che non aiuta la causa comunitaria³¹.

Non di rado, autorevoli osservatori nazionali ed internazionali, talvolta in modo strumentale, hanno posto più in evidenza le carenze e i «deficit» del sistema comunitario (che fanno più notizia) che non gli aspetti positivi dell'integrazione europea, rafforzando la tendenza a condannare *a priori* senza preoccuparsi di approfondire argomenti complicati contenuti in una legislazione invero poco chiara, e quindi incomprensibile per il grande pubblico. Questo è la conseguenza tanto dei difetti che si annidano nella complessa macchina burocratica dell'Unione, quanto delle carenze connesse alla scarsa capacità di proporsi al grande pubblico, di fare informazione e di operare in modo trasparente.

Da ciò deriva il limitato coinvolgimento dei cittadini che dimostrano un senso di indifferenza verso il «governo di Bruxelles» e le istituzioni comunitarie, avendo difficoltà a riconoscersi in esse.

L'informazione capillare, chiara e precisa, nonché la trasparenza del sistema legislativo, sono un aspetto vitale di qualsiasi sistema politico democratico e, in questo contesto, il sistema comunitario non risponde appieno alle esigenze dei cittadini. In una ipotetica disputa tra *mass media* nazionali ed istituzioni comunitarie, il sistema europeo appare assolutamente soccombente³².

È tuttavia da rilevare un ruolo «attivo» dei cittadini dell'Unione.

Com'è noto, essi possono attivarsi direttamente nei confronti degli Stati e delle istituzioni comunitarie per far valere i propri diritti che l'ordinamento

³¹ Ricordo ad esempio i commenti (strumentali) negativi di molti analisti internazionali, soprattutto statunitensi, sull'unione economica e monetaria e l'introduzione della moneta nell'Unione. Su cui, A. SAGGIO, *Presentazione* a M. FRAGOLA, *Codice dell'euro, Raccolta dei testi normativi sull'introduzione della moneta unica*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane (ESI), 1999, p. 9-11 nonché F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 50 (cfr. anche: Introduzione).

³² Non soltanto è necessaria una maggiore comunicazione diretta delle istituzioni e la maggiore trasparenza degli atti (intermedi) legislativi ed amministrativi comunitari, ma anche un ruolo più pregnante delle strutture deputate all'informazione generale quali Info point, Cde, Carrefour, Team europe, ecc. La rete informativa comunitaria che pure svolge un ruolo oscuro di tutto rilievo, non riesce a raggiungere i gangli più intimi della società europea, alimentando il senso di lontananza e di indifferenza verso l'istituzione.

comunitario loro attribuisce³³.

Il ruolo dei cittadini, o meglio della persona *tout court*, e i diritti fondamentali e sociali³⁴ loro riconosciuti dal diritto comunitario, sono salvaguardati dall'ordinamento dell'Unione, preannunciando nuove sfide per il processo di integrazione europea: un futuro diverso, forse meno mercantile, con nuove e fondamentali sfide, impensabili soltanto qualche anno addietro³⁵.

Sull'esistenza di una opinione pubblica europea occorre riflettere ancora un momento giacché l'accoglimento di questa tesi è il riconoscimento di una comunità di individui, e quindi di un *corpo sociale europeo*, nucleo essenziale di qualsivoglia organizzazione statale di governo. Dal corpo sociale ai partiti politici il passo è breve.

I partiti politici europei, infatti, stanno assumendo una importanza di tutto rilievo, così da ipotizzare, quanto a composizione e funzioni, una loro forte espansione nei prossimi anni, espressione di un vero e proprio *corpo elettorale europeo*³⁶.

Questo aspetto milita in favore della "*Rechtsgemeinschaft*" che sta alla base del sistema comunitario, che favorisce, da un lato, la partecipazione attiva dei cittadini alla gestione del potere politico, dall'altro, pone una serie di *checks and balances* istituzionalizzati e rigidi, rivolti alla gestione del potere da parte delle istituzioni e degli Stati membri, nella prospettiva non soltanto della condivisione del potere, ma anche del controllo della gestione dello stesso³⁷.

La comunità di diritto tende ad eliminare i rischi connessi alla indeterminatezza dei limiti di taluni poteri, disponendo di proprie regole predeterminate: coloro i quali vengono investiti del potere nell'Unione sanno già che nel momento stesso in cui assumono le loro funzioni devono attenersi a siffatte regole costituzionali, la cui revisione è possibile soltanto previa procedura

³³ Si pensi al diritto di petizione (art. 194 Ce), al ricorso al Mediatore (art. 195 Ce), ai ricorsi proponibili direttamente alla Corte, al rinvio pregiudiziale (art. 234 Ce) ancorché strumento giudiziario indiretto, alle segnalazioni alla Commissione, ecc.

³⁴ Ancorché minimali e quindi da sviluppare ed incrementare in futuro.

³⁵ E. VIGLIAR, *Il modello di Unione europea nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2005, p. 151 ss.; F. CAPELLI, *Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea: due costituzioni per l'Europa*, cit. *supra*, nota 1, p. 397; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e trattato costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 2005, p. 3 ss.; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 11.

³⁶ Anche in mancanza di una auspicabile omogeneità politica e di una legge elettorale europea comune, i partiti politici europei in quanto necessario collegamento tra i cittadini e le istituzioni comunitarie, fungono da strutture associative complesse sempre più organizzate e stabili, con un proprio programma politico, con propri *leaders*, gestiti dai medesimi associati e da una precipua struttura burocratica transnazionale.

³⁷ In particolare, come principio generale, ancora le competenze devolute dagli Stati membri alle istituzioni (principio dei cc.dd. «poteri attribuiti»); poi le elezioni dirette del Parlamento europeo e le sue regole interne; le designazioni politiche dei membri della Commissione europea e del suo Presidente, il rapporto di fiducia con il Parlamento; i sistemi di votazione; le procedure legislative previste dall'ordinamento; il controllo della Commissione e il ruolo del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia. In argomento G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 11, p. 198 ss.

specifica e comunque nel rispetto dell'*acquis communautaire*³⁸. Procedura di revisione, ex art. 48 TUE, che fintanto che rimarrà sostanzialmente nelle mani degli Stati membri – «*Herren der Verträge*» – continuerà a costituire un momento di incertezza che di certo aiuta coloro che ancora sono alla ricerca del modello di riferimento da assegnare alla "governance" comunitaria.

È questo un punto fondamentale che, in chiave di sviluppi futuri, va debitamente segnalato³⁹.

2. Un raffronto con i sistemi federali e confederali. La questione dell'Unione europea come una organizzazione internazionale *sui generis*. Presupposto

Nella logica di un esclusivo sistema giuridico cooperativo⁴⁰, giova affrontare la questione della "governance" dell'Unione europea nella prospettiva propria, distinta, spogliandosi dei paradigmi già noti (una sorta di «libertà dai modelli»⁴¹), applicabili soltanto a ben precisi ordinamenti, in quanto non adattabili né per *ratio* né per struttura, né tanto meno per sistema politico-giuridico all'Unione europea.

Il sistema scaturito dai trattati comunitari (più propriamente «metodo comunitario») e dall'intera Unione, non può essere scambiato né con l'ordinamento di una organizzazione internazionale, né con la struttura di una confederazione di Stati, e neppure con alcun sistema giuridico di Stato federale⁴².

³⁸ Per le analogie tra le caratteristiche dello Stato di diritto con la comunità di diritto, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 5a ed., Padova, Cedam, 1999, p. 308.

³⁹ In questo senso una procedura più «comunitaria» in luogo di quella attuale sostanzialmente intergovernativa, sarebbe da preferire ancorché bilanciata da un procedimento rigido che assicuri maggiori garanzie al Consiglio. Il Consiglio e la Commissione dovrebbero detenere il diritto di iniziativa legislativa per la revisione costituzionale; mentre il parere del Parlamento europeo e, se del caso, della Commissione dovrebbe diventare «conforme». In questa prospettiva potrebbe ipotizzarsi anche la richiesta di un parere preventivo alla Corte di giustizia, con l'estensione della sua competenza consultiva ex art. 300, n. 6 CE.

⁴⁰ Nel senso di un unico sistema giuridico istituzionalizzato, la recente sentenza del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5285 nella quale la Corte ha affermato (punto 41) che «l'art. 1, secondo e terzo comma, del Trattato sull'Unione europea dispone che tale Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa e che il compito dell'Unione, che è fondata sulle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal detto Trattato, consiste nell'organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli». Più di recente la sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879 circa un ricorso di annullamento della decisione quadro 2003/80/GAI in materia di profili penali della protezione dell'ambiente. La Corte ha affermato che in base alle sue competenze essa è tenuta a vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientrare nell'ambito del primo comma dell'art. 29 UE, del Titolo VI TUE, non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità (punto 39). V. sentenza del 12 maggio 1998 in causa n. C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, 1998, I, p. 2763, punto 16).

⁴¹ A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 4, p. 13.

⁴² Su cui ampiamente *infra* paragrafi successivi.

L'Unione europea non può essere assimilata *sic et simpliciter* né ad una organizzazione internazionale «classica», né ad una qualsivoglia forma di Stato o entità statale, giacché l'Unione non è uno Stato né un «Superstato» né, come si vedrà, una confederazione di Stati.

Come già ampiamente segnalato in dottrina, l'Unione costituisce la terza opzione, il *tertium genus* che si inserisce tra le organizzazioni internazionali di stampo classico e lo Stato; un *quid novi* che può essere identificato come «il nucleo primigenio di una nuova entità»⁴³ della quale al momento attuale non si percepisce ancora appieno la sua portata ed i margini di evoluzione.

Una struttura complessa, unica nel suo genere⁴⁴, che concentra dosi sostanziali di sovranazionalità⁴⁵ e di cooperazione intergovernativa, che evidenzia un ente a composizione mista di Stati, istituzioni e persone, la cui dialettica politica e giuridico-normativa propone un composito modello interistituzionale⁴⁶. Di qui la natura eterogenea delle sue norme (e dell'ordinamento giuridico) che, com'è noto, annovera fonti eterogenee, più propriamente, internazionali, comunitarie e dell'Unione, nazionali⁴⁷.

3. *Segue: L'Unione europea come organizzazione internazionale sui generis. Il ruolo della Ceca*

Analizziamo preventivamente l'Unione⁴⁸ come una organizzazione internazionale «classica», ancorché con elementi distintivi *sui generis*, giacché,

⁴³ Così G. MARTINO, *Prefazione*, in N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, Milano, Giuffrè, 1959, p. IV; e le considerazioni di A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 9, p. XIII.

⁴⁴ Un modello tanto speciale che si tenta di copiarlo in altri contesti geo-politici – mi riferisco tra gli altri soprattutto al *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* tra Canada, USA e Messico, al Mercosur, il mercato sud americano tra Argentina, Brasile Paraguay ed Uruguay, al Patto Andino tra Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela – ma, a quanto consta, senza i risultati sperati.

⁴⁵ Affermava R. SCHUMAN, *Prefazione* a P. REUTER, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Parigi, 1953, p. II, che «Le supranational se situe à égale distance entre, d'une part, l'individualisme international qui considère comme intangible la souveraineté que des obligations contractuelles, occasionnelles et révocables ; d'autre part, le fédéralisme d'Etats qui subordonnent à un Super-Etat doté d'une souveraineté territoriale propre».

⁴⁶ Si tenga in conto che la scelta «sopranazionale» della Ceca, chiara ed inequivocabile, esplicitata nel Trattato, non è stata seguita con le comunità successive del 1957, ma ne è rimasta in modo implicito, direi nella sua struttura genetica. Infatti mentre il Trattato Ceca nell'art. 9 richiama espressamente il carattere sopranazionale della Comunità [e si pensi altresì agli artt. 1 della Comunità europea di difesa (Ced) e della comunità politica] nei Trattati Cee ed Euratom non se ne rinviene alcuna menzione.

⁴⁷ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 11, p. 1.

⁴⁸ Poiché è proprio l'Unione soprattutto con i suoi due pilastri (Pesc e Gai) ad apparire *prima facie* una «struttura» sostanzialmente intergovernativa e non quindi sovranazionale. Sebbene si ritiene che anche (la parte intergovernativa) l'Ue non possa essere ricondotta *sic et simpliciter* ad una organizzazione internazionale «classica», laddove si sposi la tesi di un trattato-contenitore speciale, con un unico comune quadro istituzionale, all'interno del quale la parte «sovranazionale» come detto è svolta dal pilastro comunitario, mentre i pilastri Pesc e Gai, pur essendo *a connotazione intergovernativa*, appaiono necessariamente collegati al primo pilastro e pertanto connessi al

come detto, pur condividendo taluni assiomatici momenti, se ne differenzia sostanzialmente per soggetti coinvolti, valori sottesi, obiettivi prefissati, strumenti e procedure per realizzarli, organi a tal uopo preposti ed efficacia delle sue norme giuridiche.

Vale la pena ricordare alcuni momenti fondamentali.

La considerazione pressoché generale allorché fu istituita la prima Comunità europea, quella del Carbone e dell'Acciaio (Ceca) a Parigi nel lontano 18 aprile del 1951⁴⁹, fu nel senso di considerare siffatto ente come una nuova entità cooperativa a consistente connotazione *sopranazionale*, tuttavia «nell'ambito del diritto internazionale»⁵⁰.

I limitati obiettivi circoscritti al mercato comune del carbone e dell'acciaio tra i sei Stati membri, non ha permesso un definitivo approfondimento della natura giuridica della Ceca, ancorché alcuni innesti e talune scelte fatte nella prima redazione del trattato, hanno mostrato immediatamente alcuni elementi di sicuro rilievo e talune peculiarità riscontrabili ancora nei trattati di oggi⁵¹.

La «Piccola Europa» a sei nasce pertanto sotto forma di «Comunità» e non «organizzazione», mera unione di Stati, bensì «come aggregato associativo aperto con possibilità di espansione, di potenziamento, di stabilizzazione e, nel tempo, di integrazione con vincoli sempre più stretti»⁵².

Il sistema giuridico della Ceca propone i caratteri tipici e fondamentali dell'ente sovranazionale: *a.* è affidata alle istituzioni predisposte a tal fine l'adozione, esecuzione ed il controllo sull'attuazione degli atti legislativi; le istituzioni sono in linea di principio indipendenti dai governi e da ogni altra autorità degli Stati membri; *b.* alcune materie di competenza statale sono assorbitate nella sfera di competenza delle istituzioni comunitarie; *c.* sono asse-

genus dell'integrazione europea (si pensi, tra l'altro, alle cc.dd. «passerelle»). Cfr. in argomento ancora le sentenze del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, e del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, entrambe *cit. supra*, nota 40, le quali confermano il quadro istituzionale unico e, mi si consenta, propongono la «passerella alla rovescia», cioè a dire, stavolta una connessione giuridica che parte dal primo pilastro e raggiunge gli altri due in una sorta di «comunitarizzazione» dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione. Su cui F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in questa *Rivista*, 1983, p. 409 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 521 ss.

⁴⁹ Grazie alla *volontà politica* dei governi di allora ed alla necessaria diminuzione della sovranità da parte degli Stati membri nella materia carbosiderurgica.

⁵⁰ In questa prospettiva G. MARTINO, *Prefazione*, *cit. supra*, nota 43, e N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, *cit. supra*, nota 43, p. 10 ss.

⁵¹ Sul piano politico non va trascurata già la sintomatica scelta terminologica del nome dell'ente: privilegiare infatti il sostantivo «Comunità» ad «Organizzazione» (... europea del Carbone e dell'Acciaio) pure deve avere avuto la sua valenza politico-giuridica, laddove gli Stati hanno espresso la *volontà sovrana* di andare al di là di una organizzazione internazionale che attribuisce diritti ed obblighi in capo agli Stati membri, preferendo una *comunità* di intenti, di obiettivi, ancorché circoscritta al settore carbo-siderurgico. Sul punto, G. MARTINO, *Prefazione*, *loc. cit.*, e N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, *loc. cit.*, p. 10 ss.

⁵² E. PENNACCHINI, *Il sorgere dell'Europa comunitaria*, Sez. I, in E. PENNACCHINI - R. MONACO - L. FERRARI BRAVO - S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, I, Torino, Utet, p. 15.

gnati alle istituzioni non solo il potere normativo e di controllo sull'esecuzione degli atti, ma anche un proprio potere di iniziativa e di controllo politico; d. istituzioni giudiziarie autonome ed indipendenti dal potere statale⁵³.

Siffatto coinvolgimento di poteri esprime una complessa dialettica politico-istituzionale che comporta, nell'elaborazione del diritto comunitario, la presenza di una serie cospicua di enti pubblici e privati, ovvero gruppi di pressioni e «lobbies», presenti nelle sedi comunitarie, che influenzano in modo talvolta rilevante il legislatore comunitario.

Questo appare un punto importante.

Gli Stati membri sul piano politico possono di certo influenzare il procedimento normativo comunitario, ma non sono i soli attori, giacché devono «soggiacere» anch'essi al peso dell'azione di altri soggetti coinvolti nella produzione del diritto comunitario portatori dei più disparati interessi. Non mi riferisco soltanto alla Commissione depositaria degli interessi squisitamente comunitari, né al Parlamento europeo garante degli interessi dei cittadini-elettori, bensì alle potenti *lobbies* ed ai centri diversificati del potere economico mondiale che influenzano con la loro azione il legislatore comunitario.

Questo perché gran parte del diritto comunitario derivato produce effetti giuridici in capo ai singoli direttamente, senza cioè il «diaframma» dello Stato.

Proseguendo l'analisi comparata «organizzazione internazionale-Unione», la posizione del Consiglio dei Ministri delle Comunità europee, che di certo è espressione degli esecutivi nazionali, non può essere ricondotta ad un organo tipico delle organizzazioni internazionali, giacché, com'è noto, nella dialettica legislativa interistituzionale il Consiglio attraverso limiti e controlli deve necessariamente confrontarsi con le altre istituzioni, dovendo rispettare le regole di procedura e di votazione che il Trattato prevede, esplicando, pertanto, un ruolo non espressivo della (sola) volontà dei governi degli Stati membri, bensì del punto di vista proprio all'istituzione.

Gli atti che il Consiglio emana in via esclusiva – non parlo degli atti adottati in codecisione con il Parlamento europeo – non appartengono alla categoria degli atti tipici delle organizzazioni internazionali quali, ad esempio, raccomandazioni o risoluzioni, né tanto meno possono essere considerati atti internazionali⁵⁴.

Analogamente, gli atti adottati dal Consiglio nell'ambito del secondo e terzo pilastro non sono riconducibili *sic et simpliciter* ad atti internazionali, bensì ad atti propri dell'Unione⁵⁵.

⁵³ Su cui F. ATTINÀ, *Il sistema politico della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 76 ss.

⁵⁴ Com'è noto, la raccomandazione delle organizzazioni internazionali non è un atto vincolante che tuttavia può comportare il c.d. effetto di liceità. Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6a ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, p. 180. Sulle risoluzioni A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁵⁵ Corroborano questa tesi le sentenze del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, e del

Nella tipicità dell'ordinamento comunitario, il Parlamento europeo e la Commissione sono istituzioni, com'è noto, costituite da individui e non da rappresentanti degli Stati. Ciò non avviene solitamente negli organi delle organizzazioni internazionali, la cui composizione è saldamente appannaggio degli Stati membri, i quali dispongono l'«agenda» sugli atti da adottare – nessun diritto di iniziativa legislativa analogo a quello della Commissione – nel pieno rispetto delle sovranità nazionali che, in questo ambito, non sono trasferite bensì saldamente mantenute⁵⁶.

Le organizzazioni internazionali devono rispettare maggiormente il carattere sovrano degli Stati e le sue norme internazionali hanno di regola un'applicazione mediata, nel senso che la loro attuazione all'interno degli Stati «non può essere affidata ad organi *sovraordinati* a questi ultimi, ma, in definitiva, è appannaggio degli stessi soggetti interessati»⁵⁷.

Quale è allora l'aspetto innovativo dell'Unione europea? Quale è il *quid novi* che ne è scaturito grazie alla predisposizione, attuazione e sviluppo del c.d. «metodo comunitario»?

Coloro che sollevano l'obiezione che la Comunità europea, benché dotata di competenze e poteri particolari, è fondamentalmente una organizzazione internazionale, considerano il *dies a quo*, il momento fondativo della sua istituzione, come unico momento determinante⁵⁸.

È noto che lo strumento giuridico istitutivo delle Comunità e dell'Unione europea – nonché le successive revisioni ed allargamenti – è un trattato di diritto internazionale.

Questa osservazione appare indiscutibile. Essa si mostra tuttavia compressiva dell'intero sistema giuridico-politico comunitario, giacché rapportata (essenzialmente) al momento costitutivo ed ai successivi emendamenti, senza tenere conto della *vis expansiva interna*; degli obiettivi da realizzare (che non sono (soltanto) diritti e obblighi a condizione di reciprocità); della obbligatorietà del controllo della Corte di giustizia e della pregnanza della sua giurisprudenza, ancorché in mancanza di strumenti coattivi; della effettività delle sue norme immediatamente applicabili produttive di posizioni giuridiche soggettive in capo ai singoli; del rispetto del principio di leale collaborazione tra Stati membri e le istituzioni comunitarie.

L'osservazione esclusivamente internazionalistica del fenomeno comunitario, condanna l'ordinamento scaturito dai trattati al rinvio esclusivo a principi e regole del solo diritto internazionale, e quindi ai suoi contenuti, laddove

13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, entrambe *cit. supra*, nota 40.

⁵⁶ U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 6.

⁵⁷ U. DRAETTA, *ibidem*.

⁵⁸ Parla di «peccato originale» A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 9, p. XVII e ID. *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, Cedam, 1998, p. 3.

invece, la prospettiva più adeguata sarebbe da ricondurre maggiormente al diritto nazionale degli Stati membri che al diritto internazionale⁵⁹.

Per la dottrina di diritto internazionale l'affrancamento delle Comunità europee dalle organizzazioni internazionali è stata una scelta, come dire, «naturale», sebbene si sia chiaramente specificato che il fenomeno si presenta come «eterogeneo», non inquadrabile facilmente né sul versante del diritto internazionale, né su quello del diritto nazionale. Si concorda nell'affermare che si è in presenza di «Comunità dotate di organizzazioni specifiche con importanti poteri decisionali»⁶⁰.

Mi permetto di ricordare che la singolarità del sistema, o se si preferisce, la diversità di classificazione dell'Unione europea rispetto alle organizzazioni internazionali classiche, si è riverberata con tutta la sua forza sulla norma della Costituzione italiana applicabile, in quanto «permissiva»⁶¹ del fenomeno comunitario. In mancanza di una norma espressa⁶², la Corte costituzionale italiana ha assegnato con uno sforzo interpretativo all'art. 11 il compito di «codificare» l'ordinamento dell'Unione europea in quanto portatore di «limitazioni di sovranità»⁶³.

È da questa piattaforma che prende corpo il dibattito, invero mai sopito, ma che negli anni ha evidenziato tutta la sua inadeguatezza. L'art. 11 Cost., ancorché in combinato disposto con l'art. 117, sta stretto all'ordinamento dell'Unione proprio per la sua natura «politica» e per l'aspetto «invasivo» del suo ordinamento giuridico, che non si definisce negli obblighi comunitari «a condizioni di reciprocità con gli altri Stati» e non si riconosce nelle «limitazioni» di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni⁶⁴.

⁵⁹ Già G. BERTI, Prefazione a V. ANGIOLINI - N. MARZONA, *Diritto comunitario diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, Cedam, 1990, a p. VII-VIII afferma che «il diritto comunitario si saggia al confronto con le costituzioni in modo tutt'affatto differente dal diritto internazionale; anzi, esso può essere compreso in profondità solo se viene visto nel rapporto con il diritto del singolo stato, quasi non potesse spiegarsi, né (sul piano pratico) esprimere la sua (limitata) cogenza, al di fuori di tale confronto. Non è insomma figlio del diritto internazionale, ma la sua vera famiglia è l'ordinamento c.d. interno».

⁶⁰ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit. supra, nota 48, p. 163, il quale pure aggiunge che «senza dubbio le Comunità presentano elementi che non si riscontrano in alcun'altra organizzazione internazionale» (p. 166), ancorché si tratti pur sempre di «organizzazioni internazionali altamente sofisticate» (p. 167); in questo senso F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, 9a ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 7-8; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit. supra, nota 28, p. 11.

⁶¹ Poi divenuta disposizione «imperativa» (cfr. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 5).

⁶² Peralto nonostante la modifica del Titolo V e la nuova formulazione dell'art. 117, non sembra che la situazione sia risolta a livello costituzionale, giacché dovrebbe richiamarsi il combinato disposto dell'art. 11 con l'art. 117 cost. con una soluzione per niente appagante e ricognitiva dei valori comuni dell'integrazione comunitaria.

⁶³ In argomento F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 81 ss.; ID., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, cit. supra, nota 55, p. 5 ss.

⁶⁴ Sul profilo costituzionale si vedano gli atti dei seminari organizzati dalla Corte costituzionale,

L'impiego di un trattato internazionale come momento fondativo del nuovo ente, e quindi tutte le successive modificazioni, è sembrato agli Stati fondatori il solo strumento giuridico adoperabile in un contesto politico particolare come era il primo dopo guerra⁶⁵.

Non è questo un punto in discussione.

Mi chiedo quale altro strumento giuridico sarebbe stato possibile, in quel preciso momento storico, per organizzare una siffatta «comunità» sovranazionale che si *sovrapponesse* agli Stati membri nella gestione delle risorse carbo-siderurgiche.

La scelta pattizia, tuttavia, pesa oggi quanto (se non più di) ieri e appare poco agevole indicare percorsi logico-giuridici che si discostino da quanto già detto in precedenza sull'approccio nuovo e differenziato che occorre manifestare, sul piano sostanziale, allorché ci si riferisce all'ordinamento comunitario⁶⁶.

Per dare razionalità a questa prospettiva, è stata proposta la separazione dei vari momenti, distinguendo il momento creativo dell'ente (atto costitutivo) dal momento della formazione dell'ente stesso ed assegnando agli Stati contraenti un potere costituente⁶⁷.

L'ordinamento giuridico, scaturito dalla (sovrana) volontà degli Stati mediante il fatto normativo che si concreta nell'accordo istitutivo (sovrano anche quest'ultimo giacché voluto *volontariamente* da Stati sovrani), è in qualche misura il diritto (ordinamento) costituzionale della Comunità⁶⁸.

La domanda che dunque emerge di tutta evidenza è la seguente: attesa la pluralità degli interessi comuni gestiti dall'Unione conseguenti alla erosione di sovranità, appare corretto affermare che l'ente sovranazionale che ha fagocitato specifiche sovranità statali si è sostituito agli Stati membri nella gestione delle materie transitate nella sfera esclusiva delle istituzioni comunitarie?

La risposta appare in parte positiva. Quanto meno allorché si considerino le competenze esclusive della Comunità e si accolga la tesi, con riguardo alle competenze concorrenti, della gestione condivisa Istituzioni-Stati membri.

Se quindi questa è una realtà plausibile, possiamo di conseguenza affer-

La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991; *Diritto comunitario europeo e diritto nazionale*, 14-15 luglio 1995, Milano, Giuffrè, 1997.

⁶⁵ G. BERTI, Prefazione a V. ANGIOLINI - N. MARZONA, *Diritto comunitario diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, cit. *supra*, nota 53, p. X. Come se alcune materie fossero disciplinate meglio a livello «centrale» dalle istituzioni comunitarie, che a livello statale, in una sorta di «estensione» dell'ordinamento nazionale.

⁶⁶ Vale la pena ricordare, nei punti che qui interessano, la nota sentenza del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Raccolta*, 1963, p. 3, nella quale la Corte ha affermato che «lo scopo del Trattato C.E.E., cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti».

⁶⁷ R. MONACO, *Sul fondamento dell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 665.

⁶⁸ *Ivi*, p. 665.

mare che il fenomeno comunitario, che ha la sua genesi in un trattato di diritto internazionale, sta lentamente evolvendo *dall'interno* e probabilmente senza consapevolezza, in un evento costituzionale nel senso sopra richiamato.

Occorre tuttavia fare una precisazione.

Il processo costituzionale comunitario⁶⁹ non ha per conseguenza la decomposizione degli Stati membri in quanto soggetti sovrani, in primo luogo perché non è in corso un processo di delegittimazione del ruolo degli Stati, almeno sul piano più squisitamente politico; in secondo luogo, perché la sovranità trasferita dall'ente sovranazionale è nondimeno partecipata, grazie al ruolo (talvolta ancora preminente) del Consiglio⁷⁰; terzo perché avere costituito una siffatta entità quale espressione sovranazionale degli ordinamenti nazionali, non solo non vuole dire per gli Stati membri auto-estinguersi, né tanto meno rinunciare a precise prerogative sostanziali, sia sul piano interno sia internazionale, bensì condividere con l'Unione talune prerogative.

4. *Segue: Il presente ed il futuro dell'Unione come una confederazione di Stati*

Il metodo funzionalista preconizzato da Jean Monnet ha dimostrato che la prospettiva dei piccoli ampliamenti e delle competenze necessitate è stata, ancorché obbligata, l'opzione politica più ragionevole e sensata.

In quest'ottica, giova pertanto riassumere quali sono i fondamenti, le specificità e l'essenza stessa alla base della "governance" dell'Unione in una prospettiva di sviluppo futuro⁷¹. Partendo dall'assunto che «la storia della Comunità altro non è stata finora che un ininterrotto esercizio di ingegneria istituzionale, volto non già a rincorrere improbabili modelli, ma a definire via via le forme giuridiche possibili di un processo di integrazione tra Stati che condividono una parte sempre più importante della loro sovranità in una struttura fortemente integrata, ma che al tempo stesso non perdono la loro individualità in un "superstato federale"»⁷².

Vi è da sempre la generale tendenza a presumere il futuro dell'Unione europea in una prospettiva federale o confederale: siffatto atteggiamento, alla

⁶⁹ Su cui le considerazioni di R. MONACO, *Sul fondamento dell'ordinamento comunitario*, cit. *supra*, nota 67, p. 664 ss.

⁷⁰ Si pensi anche (e forse soprattutto) al ruolo sempre crescente del Consiglio europeo alla luce del Trattato costituzionale.

⁷¹ Sebbene R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 70, si chiede se si possa parlare di forma di governo di un ente così profondamente diverso dallo Stato, nel quale il *governo* è limitato alla parzialità o settorialità delle cessioni di sovranità; quale è la misura tra separazione e rapporto tra poteri di istituzioni che non appaiono chiare se incarnano poteri degli Stati, o della Comunità ovvero di un soggetto ancora *in fieri* come l'Unione.

⁷² A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 9, p. XXX.

luce di più di cinquant'anni di integrazione, disconosce la specificità dell'ente sovranazionale e la natura dell'intero ordinamento giuridico dell'Unione⁷³.

Una prima considerazione critica a coloro che prevedono uno sviluppo federale o confederale dell'attuale sistema: dal punto di vista logico, non appare sensato modificare radicalmente il sistema sovranazionale oramai consolidato ed accettato dagli Stati per avventurarsi in formule e modelli tanto distanti ed incompatibili dall'attuale. È come se si volesse «rodare» e perfezionare un peculiare sistema giuridico, per poi, successivamente, realizzare, come proseguimento futuro, un modello diverso – confederale o federale che sia – con caratteristiche fortemente differenziate⁷⁴.

A questa prospettiva, tuttavia, taluni potrebbero obiettare che la cooperazione sovranazionale europea proprio grazie ai suoi caratteri, ha prodotto le premesse per uno Stato federale o una Confederazione di Stati, posto che il modello federale è sempre stato, fin dall'inizio⁷⁵, il modello per eccellenza ipotizzabile per l'«Europa unita»⁷⁶.

Il metodo sovranazionale dell'Unione europea è tutt'altra cosa, ha una sua «personalità» che lo differenzia da altre forme politico-collaborative.

⁷³ Come attentamente rileva L. S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 250, «si riscontra frequentemente nel dibattito in corso un errore di prospettiva, consistente nel voler trasporre all'ordinamento dell'Unione i modelli costituzionali dell'uno o dell'altro ordinamento statale (federazione, confederazione, o magari una combinazione fra le due). Ipotesi di questo tipo possono essere eleganti sul piano formale, ma rischiano di essere fuorvianti su quello sostanziale».

⁷⁴ Per fare un paragone di tipo ingegneristico, è come se si fosse costruito un palazzo con profili strutturali rivoluzionari, con soluzioni di assoluta novità e, successivamente, se ne disconoscano le specificità e le tecniche adottate abbattendo l'edificio e ricostruendone uno nuovo su presupposti diversi, rinnegando le peculiarità e le soluzioni innovative.

⁷⁵ Si pensi a Luigi Einaudi che, con lo pseudonimo di Iunius, pubblicò le famose *Lettere politiche* edite da Laterza nel 1920, ristampate nel 1948 in *La guerra e l'unità europea*, Milano, Comunità, preconizzando il modello federale per un'Europa unita e, riferendosi alla costituzione americana del 1787, affermava che il modello federale prescelto «non parlava più di unione sovrana fra Stati, non era più un accordo fra governi indipendenti; ma derivava da un atto di volontà dell'intero popolo il quale creava un nuovo Stato diverso e superiore agli antichi Stati». Ma soprattutto la cultura federalista inglese ha influenzato i Padri dell'Europa; si considerino gli scritti sul federalismo britannico ad opera del movimento Federal Union fondato da Charles Kimber, Derek Rawnsley e Patrick Ransone; *The economic causes of war* di Lionel Robbins (tradotto in Italia nel 1944, Torino, Einaudi); ovvero, sulla costituzione americana, gli scritti di A. Hamilton, J. Jay e J. Madison, *The Federalist*, 1a ed., New York, Mac Lean, 1788 (tradotto in Italia a cura di M. D'Addio - G. Negri, Bologna, Il Mulino, 1980).

⁷⁶ Oltre alla dottrina anglosassone che nel IX secolo si occupò necessariamente del modello federale, anche Luigi Einaudi negli anni '40 con i suoi scritti sul federalismo ed il pensiero politico di Carlo Rosselli, hanno influenzato sostanzialmente la concezione europeista e, quindi, la visione del mondo di Altiero Spinelli che, insieme a Ernesto Rossi ed Eugenio Colomi, è stato senza dubbio uno dei Padri dell'Europa unita (il c.d. «federalismo spinelliano»), redigendo il celebre Manifesto di Ventotene per l'Europa libera e unita, il testo fondamentale del Movimento federalista europeo. Cfr. la versione de *Il Manifesto di Ventotene*, pubblicazione a cura dell'Istituto di Studi federalisti Altiero Spinelli, Ventotene, 1991.

Vero è che il termine «federalismo» contiene in sé non poche ambiguità e si adatta alle più svariate tipologie, così che taluni definiscono il fenomeno comunitario come «esperienza federativa europea»⁷⁷.

Non v'è dubbio che alla base sia della federazione sia dell'Unione europea è rinvenibile la natura contrattuale del progetto: il «patto», cioè l'accordo «tra preesistenti comunità politicamente indipendenti», è l'espressione della volontà degli Stati «costituenti» che configura l'idea della sovranità scindibile, o meglio, (con)divisibile.

Occorre quindi comparare l'Unione europea con il primo dei due modelli federali con il quale solitamente si confronta, vale a dire al modello confederativo⁷⁸.

Com'è noto, la confederazione di Stati è un'unione generalmente paritaria, istituzionale e particolare⁷⁹. Siffatta locuzione talvolta è usata impropriamente per designare dei veri e propri Stati federali, si pensi alla Confederazione elvetica della cui forma di governo la dottrina ne dibatte ancora ampiamente⁸⁰.

Il modello confederativo si fonda sulla parità giuridica degli Stati partecipanti, sull'istituzione di un ente giuridico distinto dagli Stati membri e sulla partecipazione di un ristretto numero di Stati finitimi⁸¹ accomunati da identici interessi.

La tipica differenziazione del modello collaborativo federale che caratterizza lo Stato federale nella ripartizione del potere sul piano territoriale fra «ente-Stato» e altre entità territoriali politiche⁸², non appare applicabile all'Unione europea.

Né parimenti la soluzione confederativa esclusivo appannaggio del diritto internazionale appare perseguibile⁸³, come già anticipato, ove si considerino le sostanziali differenze che emergono tra i due sistemi.

⁷⁷ S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 7-9.

⁷⁸ Per una sintesi dei due modelli e del passaggio quasi obbligato da confederazione a federazione, cfr. J. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo: struttura giuridica e processo politico*, Bologna, Il Mulino, 1985, in specie p. 27; A. LA PERGOLA, *Unione europea tra il mercato comune e un moderno tipo di confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, cit. supra, nota 7, p. 1 ss.

⁷⁹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Confederazione di Stati*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 854-856.

⁸⁰ Da ultimo, F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005, p. 43 ss.; tuttavia alcuni rilievi collegati si rinvengono già in A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale dell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1969; sul modello federale Usa nei profili comparativi generali che qui rilevano, G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 2004; nonché, J. H. H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism. Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Paper n. 10/00, tradotto in italiano in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 22 ss.

⁸¹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Confederazione di Stati*, cit. supra, nota 79, p. 854.

⁸² G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit. supra, nota 38, p. 368.

⁸³ Di diversa opinione G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit. supra, nota 38, p. 369 e p. 374 che ritiene l'Unione europea il caso più interessante e problematico di confederazione retta dal diritto internazionale.

Il sistema giudiziario comunitario, ad esempio, non può essere paragonato *sic et simpliciter* agli organismi giurisdizionali presenti in talune confederazioni⁸⁴, le cui determinazioni dell'organo decisionale vincolano sì gli Stati membri (e soltanto essi), ma devono pur sempre essere esplicitamente recepite nell'ordinamento interno secondo le rispettive norme costituzionali.

Le decisioni della Corte di giustizia che frequentemente riguardano le persone⁸⁵, pur in mancanza di propri strumenti coattivi, hanno un impatto ed una valenza più invasiva⁸⁶, con conseguente garanzia dei diritti dei singoli che derivano dall'ordinamento comunitario. La Corte di giustizia, infatti, riverbera la unicità e la eterogeneità⁸⁷ dell'ordinamento giuridico cui afferisce⁸⁸, sì da richiedere per l'esecuzione delle proprie decisioni la forza coattiva degli apparati nazionali⁸⁹.

Gli Stati membri dell'Unione, inoltre, non pare abbiano tutti lo stesso peso politico-decisionale – come invece gli Stati della Confederazione che, com'è noto, rappresenta una unione paritaria di sovranità statali – se solo si considera l'art. 205 CE che stabilisce la ponderazione dei voti in seno al Consiglio, per di più con una votazione a maggioranza (che è la regola) dei mem-

⁸⁴ Ma non necessariamente in tutte le confederazioni.

⁸⁵ Si pensi ad esempio alle sentenze della Corte ex art. 234 CE (rinvio pregiudiziale), ex art. 232, terzo comma (azione in carenza), ex art. 230 (azione di annullamento di atti comunitari), ex art. 235 (responsabilità extracontrattuale), ex art. 238 (clausola compromissoria), ex 241 (eccezione di invalidità), ex 243 (provvedimenti provvisori). Ad esempio, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 1999 in causa n. C-310/97 P, *Commissione c. Kraft e altri*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5363. La Corte costituzionale italiana ha riconosciuto l'effetto diretto delle sentenze interpretative della Corte di giustizia sì da costituire *jus superveniens* nei confronti di una sua propria sentenza di legittimità costituzionale (sentenze 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1600; 11 luglio 1989, n. 389, *ivi*, 1991, I, c. 1076; ordinanza 23 giugno 1999, n. 255, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2203. In argomento G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Parte istituzionale, Torino, Giappichelli, 2001, p. 329, nota 342; A. ADINOLFI (a cura di), *Materiali di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2004, in *specie* p. 22-47.

⁸⁶ L'art. 244 CE afferma ad esempio che «le sentenze della Corte di giustizia hanno forza esecutiva» e che «l'esecuzione forzata è regolata dalle norme di procedura civile vigenti nello Stato (...) con la sola verifica dell'autenticità del titolo» (art. 256 Ce); sicché in questo caso si ha anche il riconoscimento dell'efficacia di cosa giudicata. È pur vero però che non tutte le sentenze della Corte hanno questa forza. Cfr. in argomento T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 11, p. 185.

⁸⁷ Talvolta atteggiandosi come giudice internazionale, talora come giudice nazionale degli Stati membri, ovvero, nei casi previsti, come una giurisdizione arbitrale.

⁸⁸ R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, cit. *supra*, nota 71, p. 94, pone la Corte al centro di un vero e proprio sistema giudiziario comunitario.

⁸⁹ Questo aspetto evidenzia in modo efficace la connessione necessaria tra i due ordinamenti (giudiziari) per l'effettività dell'intero sistema, entrambi, tuttavia, configurazioni di un unico apparato giuridico-politico. In argomento P. BIAVATI - F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, cit. *supra*, nota 10, p. 21; ma in senso più positivo R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, cit. *supra*, nota 71, p. 99, che afferma che «le decisioni della Corte di giustizia godono di una particolare autorità che non è soltanto quella che generalmente caratterizza la giurisprudenza degli organi giurisdizionali di vertice». E nonostante i caratteri di diretta applicabilità affermati dalla Corte costituzionale italiana alle sentenze ex art. 234 CE (sentenza n. 113 del 1985, in *Giur. cost.*, 1985, p. 694).

bri che lo compongono e non all'unanimità (che invece è l'eccezione)⁹⁰.

Inoltre, a suffragare questa tesi, i cittadini (e le persone in senso lato) nella Confederazione non sono soggetti della Confederazione stessa, né pare abbiano una cittadinanza confederale, laddove invece le persone sono soggetti dell'ordinamento comunitario e la cittadinanza dell'Unione europea (artt. 17-22 Ce), sebbene da estendere e precisare ulteriormente, è una realtà di rango costituzionale con le sue specifiche attribuzioni⁹¹.

Non sempre il modello confederativo postula la soggettività internazionale della Confederazione, essendo questa una decisione facoltativa che gli Stati possono (o meno) prendere in sede di negoziazione dell'accordo, laddove invece la personalità giuridica internazionale e la soggettività dell'Unione non soltanto sono una componente sostanziale, ma addirittura una precondizione dell'intero sistema giuridico⁹².

Nella medesima falsariga si pongono gli organi della Confederazione (com'è noto denominati Dieta, Congresso, Consiglio, ecc.), costituiti dai *delegati* degli Stati, che da questi prendono istruzioni in base alle proprie regole costituzionali, che pertanto rappresentano una sorta di *plenipotenziari* riferibili più al diritto diplomatico che al diritto confederale.

Nell'ambito della struttura burocratica stabile dell'ente confederale è possibile trovare altri organi minori, tecnici, con il compito precipuo di integrare, talvolta di preparare i lavori delle riunioni dell'organo principale, tuttavia nulla di riferibile alla struttura amministrativa permanente dell'Unione, alle istituzioni della Comunità e agli stessi organi dell'Unione, quanto a funzioni, autorità, composizione e valenza degli atti adottati⁹³.

Ancora, la confederazione non avendo precisi obiettivi di integrazione (nel senso propriamente comunitario), bensì una mera cooperazione interstatale, ha competenze riferibili alla natura politica dell'unione confederativa. Le

⁹⁰ Si pensi a tal riguardo, anche alle differenze di peso politico decisionale degli Stati membri del Fondo monetario internazionale in ordine ai versamenti all'ente, ex art. III, dello Statuto approvato a Bretton Woods il 22 luglio 1944 e successive modifiche. Consultabile in http://www.admin.ch/ch/i/rs/0_979_1/

⁹¹ In argomento M. ORLANDI, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1996; B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht*, in B. NASCIBENE, Milano, Giuffrè, 1995; ID., *L'attuazione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 6; A. ADINOLFI, *La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale*, *ivi*, p. 123 ss.; ma cfr. anche il pensiero di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 11, p. 90.

⁹² Sul punto, da ultimo, C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea; verso una Costituzione europea*, 4a ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 318. Va ricordato che la personalità dell'Unione sul piano internazionale si ricava da una norma di diritto internazionale generale e non già da una norma pattizia, giacché è la capacità dell'ente di operare validamente sul piano delle relazioni internazionali con altri soggetti della comunità internazionale (L. FERRARI BRAVO - E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1995, p. 171-172).

⁹³ Si pensi alla imponente macchina burocratica dell'Unione europea e al numero, invero eccessivo, dei funzionari comunitari (vedi <http://www.europa.eu.int/idea/it/index.htm>).

principali politiche rimangono nella sfera esclusiva degli Stati, salvo limitate funzioni assegnate, all'unanimità, dagli Stati alla Confederazione e rigidamente indicate nell'accordo costitutivo.

Neppure le politiche del secondo e terzo pilastro dell'Unione, che sembrano richiamare il metodo intergovernativo, sono riferibili al modello confederativo, giacché le procedure previste, gli atti giuridici determinati e le finalità che gli organi dell'Unione si propongono – mi riferisco allo spirito collaborativo degli Stati membri nella prospettiva della successiva *comunitarizzazione* di politiche, atti e procedure, che configura i pilastri dell'Unione come una sorta di preventivo «laboratorio» europeo⁹⁴ – sono comunque da ascrivere al *genus* dell'integrazione europea e, come detto in precedenza, non ad una mera cooperazione tra Stati pienamente sovrani.

5. Segue: Il futuro dell'Unione nella prospettiva della federazione di Stati

Occorre quindi analizzare, in conclusione, il modello federale come eventuale prospettiva futura dell'Unione.

L'analisi del paradigma federativo applicabile all'Unione europea, che indubbiamente rappresenta quello più attentamente studiato in dottrina e dagli studiosi di scienze politiche europei ed internazionali⁹⁵, riassume *in re ipsa* tutte le considerazioni già fatte in precedenza in ordine, sia allo schema costitutivo delle organizzazioni internazionali, sia al modello confederativo.

Atteso l'elevato grado di sviluppo in cui si trova il sistema sovranazionale comunitario, non credo che l'autorevole pensiero di Altiero Spinelli – vale a dire «una federazione europea, preludio di una federazione mondiale» – sia (più) realizzabile⁹⁶.

Nel Manifesto di Ventotene per un'Europa Libera e Unita, in più parti è spesso richiamata la «soluzione internazionalista» e il «problema dell'ordinamento internazionale come quello centrale dell'attuale epoca storica (...) «come la premessa necessaria per la soluzione di tutti i problemi istituzionali, economici, sociali che si impongono nella nostra società»⁹⁷.

L'intuizione di Spinelli, tuttavia, si fonda sulla limitazione delle sovranità

⁹⁴ Già avemmo modo di segnalare l'importanza della cooperazione funzionale degli Stati membri nell'ambito dei due pilastri con conseguente trasferimento di competenze alle istituzioni comunitarie. Parimenti però le esperienze maturate nel primo pilastro sono pur sempre utili all'intera Unione (in *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. dir. eur.*, 1999, p. 3 ss.).

⁹⁵ Su cui, tra i tanti, l'interessante lavoro di D. SIDJANSKI, *L'avvenire federalista dell'Europa*, Milano, Pirola, 1993.

⁹⁶ A. SPINELLI - E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto*, cit. supra, nota 76, p. 13-14.

⁹⁷ *Ivi*, p. 12-13.

nazionali e sulla devoluzione di competenze e sovranità ad un ente federale che possa garantire «l'organizzazione razionale degli Stati Uniti d'Europa», con la conseguente abolizione della divisione dell'Europa e la necessità della creazione di una struttura politica che si differenziasse dalla Società delle Nazioni «che pretendeva di garantire un diritto internazionale senza una forza (militare) capace di imporre le sue decisioni e rispettando la sovranità assoluta degli stati partecipanti»⁹⁸.

Appare pertanto ragionevole ipotizzare che la prospettiva spinelliana, unica immaginabile a quel tempo, possa ai nostri giorni essere perseguita e realizzata *mutatis mutandis* grazie al sistema sovranazionale dell'Unione europea.

Il sistema federale non appare applicabile all'Unione alla luce di quanto realizzato finora, e soprattutto nel modo come è stato reso possibile, se non a detrimento delle conquiste ottenute (*acquis communautaire*) e disconoscendo l'intero sistema sovranazionale.

Il federalismo – come d'altronde il metodo comunitario – non impone un unico modello cristallizzato, bensì un insieme di principi ed esperienze rivolti alla costituzione di uno Stato, o se si preferisce, una Unione il cui principio informatore è «Unità nella diversità»⁹⁹.

Il sistema federale postula l'equilibrio fra poteri centrali e competenze degli Stati membri, laddove questi ultimi non prevalgono giammai sui poteri centrali, con una logica politica che implica *il processo inverso* di ciò che in concreto accade nell'Unione europea, sebbene nei settori ben delimitati e definiti dai Trattati.

L'Unione, infatti, proprio perché non è un sistema federale, postula al contrario una sorta di «centralizzazione» di talune politiche, nel rispetto delle competenze attribuite e del principio di sussidiarietà¹⁰⁰. Aspetto questo che si differenzia nella sostanza con il decentramento o *devolution* di poteri e competenze agli Stati federati del modello federale.

Se è vero che l'evoluzione più recente del sistema federale preferisce forme *collaborative* a forme di coercizione o sanzionatorie nei confronti degli Stati federati (c.d. principio cooperativo), appare indubbio che l'efficacia dell'ordinamento comunitario e degli atti posti in essere dalle istituzioni si fonda proprio su di un sistema collaborativo e di controllo che pone gli stessi Stati nella condizione politico-giuridica di soddisfare gli impegni assunti.

Si afferma, ancora una volta, la volontà politica degli Stati membri.

Un approccio empirico mostra che, a tutt'oggi, gli Stati membri non hanno espresso la volontà politica di modificare lo *status quo*. Anzi, come si di-

⁹⁸ A. SPINELLI - E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto*, cit. supra, nota 76, p. 31. Le parentesi intorno a militare sono mie.

⁹⁹ Cfr. l'art. I-8 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (rubricato «Simboli dell'Unione») che richiama la filosofia federale.

¹⁰⁰ Da interpretare tuttavia nelle due direzioni a seconda delle esigenze.

ceva in precedenza, il recente trattato costituzionale va in tutt'altra direzione e non può essere ipotizzato uno sviluppo dell'Unione europea sul modello federale.

Traendo alcune considerazioni conclusive, non può negarsi che taluni aspetti del metodo comunitario, combinati con il metodo intergovernativo, mostrano un modello che può in linea generale essere ravvicinato ad uno di tipo federativo ma con le sue specificità che vengono qui indicate:

a. il principio «Unita nella diversità» come un valore del processo di integrazione europea;

b. la volontà politica in parte dimostrata dagli Stati membri in applicazione del Trattato di Maastricht, di coordinarsi in vista di una futura politica estera unitaria e di una difesa comune. Il trattato costituzionale, una volta entrato in vigore, aggiungerà un ulteriore tassello al complesso mosaico della rappresentanza internazionale dell'Unione;

c. la presenza nelle entrate di bilancio di risorse proprie dell'Unione per il funzionamento dell'apparato istituzionale e la distribuzione di risorse economiche agli Stati membri per la realizzazione della coesione economica e sociale (art. 2, primo trattino TUE);

d. la contiguità geografica che ha permesso all'Unione di espandersi oltre ogni più rosea previsione, anzi rappresentando anche una problematica nuova, tutta da risolvere¹⁰¹;

e. la cinquantennale esperienza comunitaria che potrebbe preludere a forme di cooperazione sempre più importanti in altri settori;

f. la forma di Stato e delle istituzioni politiche degli Stati membri, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti dell'uomo e di valori universali, che mostrano una similarità diffusa.

I punti testé segnalati sono comuni sia al sistema federale sia all'Unione europea, ai quali si deve aggiungere l'indifferenza – nel senso di profili irrilevanti – della identità di lingua, razza, religione. Si tratta di aspetti trascurabili ai fini della composizione sia del modello federale sia di quello comunitario. Anzi, a ben vedere, la valorizzazione delle differenze storiche, culturali e religiose, delle popolazioni nonché l'essenzialità del fattore etnico-linguistico, costituiscono un valore assoluto, che caratterizza e connota l'identità dell'intera Unione europea.

¹⁰¹ V. l'andamento della politica c.d. «di prossimità» della Commissione europea nei seguenti documenti ufficiali: Agenda 2000, Com(97)2000 def. (Vol. I e II); Relazioni periodiche sui paesi candidati, Documento d'insieme, Com(98)712 def.; Relazione della Commissione su Malta, Com(1999)69 def.; Relazioni periodiche sui paesi candidati, Documento d'insieme, Com(99)500 def.; Relazioni periodiche sui paesi candidati, Documento d'insieme, Com(2000)700 def., tutti inediti nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*; Trattato di Nizza, in *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001; Regolamento (Ce) n. 390/2001, in *Gu-Ue* n. L 58 del 28 febbraio 2001; Decisione n. 2001/235/Ce, in *Gu-Ue* n. L 85 del 24 marzo 2001.

6. Una conclusione aperta verso il futuro

Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, da taluni forse eccessivamente enfatizzato, costituisce in ogni caso – pur tenendo conto delle note difficoltà relative alla sua entrata in vigore – un momento importante nel processo dell'integrazione europea.

Occorre però riconoscere che non è stata perseguita una palingenesi del processo comunitario¹⁰², rinunciando a quanto di buono è stato fatto in circa cinquanta anni di integrazione europea, per tentare nuovi percorsi politico-giuridici. Ci si è invece limitati a garantire l'evoluzione naturale del sistema comunitario che, a tutt'oggi, «non presenta le caratteristiche formali e strutturali proprie di un'entità statale, né – per ora e per molto tempo ancora – aspira ad averle»¹⁰³.

L'originalità dell'ordinamento giuridico comunitario, frutto anche del processo che è stato finora seguito, impone il mantenimento di un percorso evolutivo proprio, secondo un modello flessibile ed adattabile che non può essere ricondotto ad esperienze effettuate in altri contesti e in altre epoche.

Non va dimenticato, infatti, che a differenza delle consuete forme di cooperazione tra Stati, il metodo comunitario si è rivolto ai rapporti interindividuali più che ai rapporti interstatali, avvalendosi di principi e regole più prossime al diritto interno che al diritto internazionale.

Senza bisogno di riprendere l'enfasi mostrata da taluni estimatori della particolare ingegneria costituzionale applicata al trattato costituzionale, possiamo comunque riconoscere, come si è correttamente notato in dottrina¹⁰⁴, che è stato proseguito il metodo comunitario, vale a dire un metodo che ha sviluppato da tempo senza saperlo o, al più, senza dirlo apertamente, una modalità propria e specifica di una nuova forma di federalismo per far fronte alla sempre crescente globalizzazione.

Massimo Fragola

¹⁰² A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 4, p. 7.

¹⁰³ *Ivi*, p. 13.

¹⁰⁴ A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, cit. supra, nota 9, p. XIV.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

TRASPORTI E TUTELA AMBIENTALE

Corte di giustizia (Seconda Sezione)

Sentenza del 16 settembre 2004 in causa n. C-227/01*

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna

Art. 228 CE - Ricorso per inadempimento - Direttiva n. 85/337/Cee, artt. 2, 3, 5, n. 2 e 6, n. 2 - Procedura di autorizzazione di progetti pubblici e privati di rilevante impatto sull'ambiente - Omessa valutazione dell'impatto ambientale - Inadempimento.

Il Regno di Spagna, avendo omesso di sottoporre a valutazione di impatto ambientale il «progetto di linea Valenza-Tarragona, tronco Las Palmas Oropesa. Piattaforma», compreso nell'ambito del progetto intitolato «Corridoio mediterraneo», è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza degli artt. 2, 3, 5, n. 2, e 6, n. 2, della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, n. 85/337/Cee, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati.

(Omissis) **In diritto**

Procedimento precontenzioso

(Omissis)

Sul ricorso

20. La Commissione addebita al Regno di Spagna di aver violato gli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 2, 3, 5, n. 2, e 6, n. 2, della direttiva n. 85/337,

* In *Raccolta*, 2004, I, p. 8253 ss. In argomento v. *infra*, p. 457 ss., il commento di ANTONIO NATALI.

non avendo proceduto alla valutazione dell'impatto ambientale del «progetto di linea Valenza-Tarragona, tronco Las Palmas Oropesa. Piattaforma», il quale si inserisce nell'ambito del progetto intitolato «Corridoio mediterraneo», in vista del collegamento della regione spagnola del Levante con la Catalogna e la frontiera francese.

Quanto alla ricevibilità

21. All'udienza il Governo spagnolo ha contestato la ricevibilità del ricorso, per il fatto che l'atto introduttivo si fonderebbe su un addebito diverso da quello fatto valere nel corso del procedimento precontenzioso.

22. Infatti, il Governo spagnolo sostiene che, nel corso del procedimento precontenzioso, l'oggetto della controversia era chiaramente circoscritto al tronco lungo 13,2 km della linea ferroviaria che collega le località di Las Palmas e Oropesa. Più in particolare, in tale fase del procedimento la Commissione avrebbe addebitato al Governo spagnolo il mancato rispetto delle prescrizioni della direttiva n. 85/337 relativamente ad una parte del tronco ferroviario suddetto, lunga 7,64 km, nella quale il tracciato è spostato fino ad un massimo di 800 m verso ovest, ai fini dell'aggiramento della località di Benicasim. Per contro, né nella lettera di diffida né nel parere motivato la Commissione avrebbe preso in considerazione il raddoppiamento delle vie ferrate sulla parte restante del tronco ferroviario di 13,2 km e, in particolare, non avrebbe mai sostenuto che il raddoppiamento di una via ferroviaria esistente rientri nell'ambito di applicazione della detta direttiva.

23. Orbene, nel suo ricorso la Commissione insisterebbe affinché venga dichiarato che un tale raddoppiamento dei binari di una linea ferroviaria preesistente è soggetto alle prescrizioni della direttiva sopra citata. Per giunta, la detta istituzione avrebbe preso in considerazione l'intera linea Valenza-Tarragona, di lunghezza pari a 251 km.

24. Alla luce di tali circostanze, vi sarebbe stato un evidente ampliamento dell'oggetto della controversia.

25. Occorre anzitutto rilevare che, nel caso di specie, non viene contestata la regolarità del parere motivato e del procedimento che lo ha preceduto. Tuttavia, il Governo spagnolo fa valere che l'addebito formulato nell'atto introduttivo differisce da quello contenuto nella lettera di diffida e nel parere motivato.

26. Al riguardo, risulta da una costante giurisprudenza che l'oggetto del ricorso proposto a norma dell'art. 226 CE è definito dal procedimento precontenzioso previsto da tale disposizione e che, di conseguenza, il parere motivato e il ricorso devono fondarsi sui medesimi addebiti (v., in particolare, sentenza dell'11 luglio 2002 in causa n. C-139/00, *Commissione c. Spagna, Raccolta*, I, p. 6407, punto 18).

27. Nella fattispecie, non è tuttavia possibile sostenere che l'oggetto della controversia, come definito nel corso del procedimento precontenzioso, sia stato ampliato o modificato.

28. Infatti, da un lato, rispondendo ad un quesito della Corte, la Commissione ha confermato che l'oggetto del presente ricorso è limitato al tronco ferroviario di 13,2 km tra La Palmas e Oropesa e, contrariamente a quanto sostenuto dal Governo spagnolo, non si estende in alcun modo all'intero tracciato della linea Valenza-Tarragona, lungo 251 km.

29. Dall'altro lato, tanto la lettera di diffida quanto il parere motivato inviati dal-

la Commissione al Regno di Spagna fanno riferimento, al pari dell'atto introduttivo, al «tronco Las Palmas-Oropesa», che il Governo convenuto non contesta essere lungo 13,2 km. D'altronde, il controricorso depositato dal Governo spagnolo dimostra in modo inequivoco che quest'ultimo non è assolutamente caduto in errore circa la portata della controversia, in quanto nell'atto suddetto è lo stesso Governo a considerare che il progetto controverso riguardi il tronco di 13,2 km tra le località di Las Palmas e Oropesa, sul quale la linea ferroviaria esistente viene raddoppiata ed adattata per velocità fino a 220 km/h, ed una parte del quale, per una lunghezza di 7,64 km, costituisce un nuovo tracciato in vista dell'aggiramento della località di Benicasim.

30. Pertanto, il presente ricorso è ricevibile.

Nel merito

(Omissis)

Giudizio della Corte

43. Per valutare la fondatezza del ricorso della Commissione occorre, tenuto conto degli argomenti del Governo convenuto, stabilire, in primo luogo, se la direttiva n. 85/337 e, più in particolare, l'obbligo da questa previsto di effettuare una valutazione dell'impatto ambientale siano applicabili al progetto controverso e, in secondo luogo, in caso affermativo, se tale progetto sia stato realizzato nel rispetto delle regole dettate dalla direttiva suddetta.

44. Quanto al primo punto, non può essere accolto l'argomento avanzato dal Governo spagnolo secondo cui il punto 7 dell'allegato I della direttiva n. 85/337 contemplerebbe soltanto la costruzione di una nuova linea nel senso di una nuova tratta ferroviaria tra due località e non si applicherebbe dunque ad un raddoppiamento di binari preesistenti.

45. Infatti, senza che occorra, nell'ambito del presente ricorso, statuire sulla questione se le varie versioni linguistiche del punto 7 dell'allegato I della direttiva n. 85/337 utilizzino un termine equivalente al termine «vie» («vías» nella versione in lingua spagnola), ovvero statuire sulla compatibilità con tale direttiva della normativa spagnola – adottata per dare attuazione alla disposizione sopra citata – nella parte in cui utilizza il termine «linee» («líneas»), risulta dalla giurisprudenza della Corte che la necessità di un'interpretazione uniforme del diritto comunitario impone, in caso di divergenza tra le diverse versioni linguistiche di una disposizione, che quest'ultima venga interpretata in funzione dell'economia generale e della finalità della normativa di cui essa fa parte (v., in particolare, sentenza del 24 ottobre 1996 in causa n. C-72/95, *Kraaijeveld e a.*, *Raccolta*, I, p. 5403, punto 28).

46. Orbene, per quanto riguarda la direttiva n. 85/337, la Corte ha già statuito che dal testo della medesima si può dedurre che il suo ambito di applicazione è vasto e il suo obiettivo di portata molto ampia (sentenza *Kraaijeveld e a.*, *cit.*, punti 31 e 39).

47. Come risulta più in particolare dagli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, nonché dal primo, quinto, sesto, ottavo e undicesimo "considerando" della detta direttiva, l'obiettivo essenziale di quest'ultima è che, prima del rilascio di un'autorizzazione, i progetti suscettibili di avere un impatto rilevante sull'ambiente, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, formino obbligatoriamente oggetto di

una valutazione del loro impatto ambientale (v., in tal senso, sentenza del 19 settembre 2000 in causa n. C-287/98, *Linster, Raccolta*, I, p. 6917, punto 52).

48. Tali considerazioni sono di per sé sufficienti perché l'allegato I, punto 7, della direttiva n. 85/337 debba essere inteso nel senso che include il raddoppiamento di una via ferrata già esistente.

49. Un progetto di questo tipo può infatti avere ripercussioni notevoli sull'ambiente ai sensi della detta direttiva, posto che è idoneo a pregiudicare durevolmente, ad esempio, la fauna e la flora, la composizione dei suoli od anche il paesaggio, nonché ad avere, in particolare, un impatto sonoro significativo, sicché esso deve essere fatto rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva in questione. Verrebbe seriamente pregiudicata la finalità perseguita dalla direttiva n. 85/337 nel caso in cui un siffatto progetto di costruzione di una nuova via ferrata, anche parallela ad una via preesistente, potesse essere sottratto all'obbligo di realizzare una valutazione del suo impatto ambientale. Pertanto, un progetto di questo tipo non può ritenersi come una semplice modifica di un progetto precedente ai sensi del punto 12 dell'allegato II della direttiva n. 85/337.

50. Peraltro, tale conclusione si impone a maggior ragione qualora, come nella fattispecie, la realizzazione del progetto in questione implichi un nuovo tracciato dei binari, anche se questo riguardi soltanto una parte del progetto stesso. Un siffatto progetto di costruzione è infatti idoneo per sua natura ad avere un impatto ambientale rilevante ai sensi della direttiva n. 85/337.

51. Del pari privo di fondamento è l'argomento del Governo spagnolo secondo cui non sussisterebbero i presupposti per un'applicazione del punto 7 dell'allegato I della detta direttiva per il fatto che il progetto in questione non riguarda il traffico a grande distanza ai sensi della detta disposizione, bensì un tronco ferroviario di soli 13,2 km tra località vicine.

52. Infatti, come giustamente evidenziato dalla Commissione, il progetto controverso fa parte di una linea ferroviaria lunga 251 km tra Valenza e Tarragona, inserita nell'ambito del progetto intitolato «Corridoio mediterraneo», in vista del collegamento della regione spagnola del Levante con la Catalogna e la frontiera francese.

53. Ove si accogliesse la tesi del Governo spagnolo, l'effetto utile della direttiva n. 85/337 potrebbe essere seriamente compromesso, poiché per le autorità nazionali interessate sarebbe sufficiente frazionare un progetto attinente al traffico a lunga distanza in una serie di tronchi successivi di modesta importanza per sottrarre alle prescrizioni della detta direttiva tanto il progetto complessivamente considerato quanto i tronchi risultanti da tale frazionamento.

54. Alla luce di tutte queste considerazioni, il progetto preso in considerazione nel ricorso della Commissione – riguardante la realizzazione di una via ferrata supplementare di una lunghezza di 13,2 km, il cui tracciato è nuovo per una tratta di 7,64 km destinata all'aggiramento della località di Benicasim e che fa parte di una linea ferroviaria lunga 251 km – rientra in una delle classi di progetti elencate nell'allegato I della direttiva n. 85/337, per le quali una valutazione sistematica è in linea di principio obbligatoria ai sensi degli artt. 4, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva stessa.

55. Quanto alla questione se il progetto controverso sia stato realizzato in osservanza delle regole enunciate dalla direttiva n. 85/337, è importante ricordare, anzitutto, come il Governo spagnolo riconosca che il detto progetto non è stato di per sé as-

soggettato alle prescrizioni dettate dalla direttiva summenzionata in materia di valutazione dell'impatto ambientale. Inoltre, il detto Governo non sostiene che sussistano i presupposti previsti dall'art. 2, n. 3, della direttiva di cui sopra.

56. Quanto poi all'argomento del Governo spagnolo secondo cui la revisione del piano regolatore generale di Benicasim nel 1992 sarebbe stata preceduta dalla realizzazione di uno studio d'impatto ambientale sottoposto a consultazione pubblica e da una dichiarazione relativa alle ripercussioni sull'ambiente, occorre rilevare che il detto piano urbanistico, anche supponendo che contenesse tutte le indicazioni necessarie per soddisfare le condizioni minime fissate dalla direttiva n. 85/337, non può comunque essere ritenuto sufficiente, posto che – come ha sostenuto la Commissione, senza essere seriamente contraddetta sul punto dal Governo convenuto – esso riguarda soltanto il territorio del comune di Benicasim e, più in particolare, la tratta di circonvallazione di tale località, mentre è pacifico che il progetto controverso ha una portata più ampia. Ne consegue che, quanto meno per la parte restante di tale progetto, le prescrizioni della detta direttiva non sono state correttamente applicate.

57. Inoltre, non maggiormente fondata risulta l'affermazione del Governo spagnolo secondo cui le autorità competenti si sarebbero conformate alle prescrizioni della detta direttiva per quel che riguarda la «modifica n. 3» del progetto. Da un lato, secondo le indicazioni del Governo convenuto, l'avviso destinato al pubblico è stato pubblicato soltanto dopo l'inizio dell'esecuzione del progetto. Orbene, un siffatto modo di procedere è palesemente contrario alle prescrizioni dell'art. 6, n. 2, della direttiva n. 85/337, ai sensi del quale i soggetti interessati debbono avere la possibilità di esprimere il proprio parere prima che sia dato avvio all'esecuzione del progetto. Il fatto, evidenziato dal Governo spagnolo, che la consultazione pubblica abbia avuto luogo prima della conclusione dei lavori è dunque totalmente irrilevante. Dall'altro lato, tale procedura ha riguardato soltanto una parte del tronco in questione, di lunghezza pari a 13,2 km, vale a dire la «modifica n. 3», sostanzialmente attinente alla costruzione di un viadotto lungo circa 750 m.

58. D'altronde, del pari irrilevante è la circostanza secondo cui le autorità nazionali sarebbero state in buona fede. Infatti, in conformità di una costante giurisprudenza, il ricorso per inadempimento ha natura oggettiva e il fatto che l'inadempimento addebitato sia il risultato di un'interpretazione non corretta delle disposizioni comunitarie da parte di uno Stato membro non osta al suo accertamento da parte della Corte (v. sentenza del 17 novembre 1993 in causa n. C-73/92, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, I, p. 5997, punto 19).

59. Infine, quanto all'allegazione del Governo spagnolo secondo cui la Commissione non avrebbe validamente motivato l'inadempimento addebitato, in quanto non avrebbe fornito la prova del fatto che il raddoppiamento di un binario esistente ha in concreto ripercussioni sull'ambiente che eccedono quelle determinate dalla costruzione della linea iniziale, è sufficiente ricordare come il criterio pertinente da utilizzare per l'applicazione della direttiva n. 85/337 sia fondato sull'impatto rilevante che un determinato progetto «può» avere sull'ambiente (v., al riguardo, art. 1, n. 1, nonché il quinto e il sesto *considerando* di tale direttiva). Stanti tali circostanze, non spetta alla Commissione individuare gli effetti negativi concreti che un progetto produce effettivamente sull'ambiente. Per contro, nel caso di specie la Commissione ha provato in termini giuridicamente sufficienti che il progetto in questione rientra nel-

l'ambito di applicazione di una delle disposizioni dell'allegato I della detta direttiva, sicché esso deve essere obbligatoriamente assoggettato ad una valutazione del suo impatto ambientale. Per il resto, è incontestabile che un progetto di questo tipo è idoneo a creare nuove considerevoli ripercussioni dannose, quanto meno in ragione dell'adeguamento della linea ferroviaria per consentire il transito a velocità fino a 220 km/h.

60. Alla luce delle considerazioni sviluppate ai punti precedenti, occorre considerare fondato il ricorso della Commissione.

61. Di conseguenza, si deve constatare che il Regno di Spagna, avendo omesso di sottoporre a valutazione di impatto ambientale il «progetto di linea Valenza-Tarragona, tronco Las Palmas Oropesa. Piattaforma», compreso nell'ambito del progetto intitolato «Corridoio mediterraneo», è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza degli artt. 2, 3, 5, n. 2, e 6, n. 2, della direttiva n. 85/337.

(Omissis)

SVILUPPO DEI TRASPORTI ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA AMBIENTALE NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La sentenza in esame offre l'occasione per approfondire l'analisi di alcune problematiche tipiche dei rapporti tra sovranità nazionale e ordinamento comunitario, esaminate nella prospettiva di un settore – quale è quello dei trasporti, in particolare ferroviari – tradizionalmente destinato ad accoglierne i momenti di più significativa evoluzione, anche alla luce del Trattato sulla Costituzione europea, firmato a Roma il 29 ottobre 2004¹.

Come è noto, l'orientamento consolidato della Corte di giustizia mira a rafforzare l'intensità dell'obbligo degli Stati membri di osservare le disposizioni, primarie e derivate, del diritto comunitario, invocando al riguardo una concezione ampia e funzionale del complesso di obblighi vigenti in capo agli Stati, come elencati in via generale all'art. 3 del Trattato CE, e basata storicamente sull'art. 10 (già art. 5) del Trattato quale fonte del principio di leale collaborazione tra la Comunità e gli Stati membri².

¹ La riconosciuta centralità della materia dei trasporti quale ambito di sviluppo della nascente Comunità economica europea fu riconosciuta dallo stesso Costituente comunitario del 1957, allorché, alla lett. f. dell'art. 3 (rimasto sostanzialmente immutato anche dopo le modifiche al Trattato introdotte dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 e, da ultimo, dal trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, in vigore dal 1° febbraio 2003) la configurò quale contesto di azione della Comunità, dedicando alla «politica comune» in questo settore l'intero Titolo IV dagli artt. 74 ad 84 (oggi Titolo V dagli artt. 70 a 80). Per una esauriente trattazione della materia si vedano L. FERRARI BRAVO - E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario. Vol. II. Le politiche comunitarie*, Napoli, Editoriale Scientifica, IV ed., 2002, p. 401 ss.; V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, III ed., 2003, p. 795 ss.; M. MARESCA, *La politica comunitaria dei trasporti: fra integrazione comunitaria e scelte di politica nazionale*, in *Principio di sussidiarietà e politica dei trasporti nell'Unione europea*, Atti del Convegno tenuto a Roma il 16 maggio 2002, Roma, Consorzio E.T.L. European Transport Law, 2002 e, con specifico riguardo al settore dei trasporti ferroviari, si vedano M. GIAVAZZI, *Una politica quadro per i trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili interne*, in *Riv. it. di pubbl. comun.*, 1991, p. 735 ss.; G. B. DIMICELI, *La nuova configurazione delle ferrovie europee*, in *Economia pubblica*, febbraio 1993, p. 19 ss. Questa configurazione è riproposta nel Trattato che adotta una Costituzione europea, nella Parte III («Le politiche e il funzionamento dell'Unione»), alla Sezione 7 (Articoli da III-236 a III-245).

² Della copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee si segnalano le sentenze: 12 luglio 1973 in causa n. 2/73, *Riseria Luigi Geddo c. Ente Nazionale Risi*, in *Raccolta*, 1973, p. 865; 20 ottobre 1981 in causa n. 137/80, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1981, p. 2393; 29 gennaio 1985 in causa n. 231/83, *Henri Cullet c. Centre Leclerc di Tolosa e Centre Leclerc di Saint-Orens de Gameville* in *Raccolta*, 1985, p. 305; 10 luglio 1990 in causa n. 217/88, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di*

Nel caso affrontato dalla pronuncia in esame, la Commissione europea aveva chiesto alla Corte di accertare l'avvenuta violazione, da parte del Regno di Spagna, degli obblighi previsti da numerose disposizioni della direttiva del Consiglio del 27 giugno 1985, n. 85/337/Cee, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, per avere omesso di sottoporre ad uno studio di valutazione di impatto ambientale, richiesto dagli artt. 4 ss. della direttiva, il «progetto di linea Valenza/Tarragona, tronco Las Palmas Oropesa. Piattaforma», compreso nell'ambito del progetto intitolato «Corridoio mediterraneo»³.

Nell'ambito di un più ampio progetto ferroviario comprendente anche un nuovo tracciato destinato ad aggirare il Comune di Benicasim (7,64 km) e il raddoppio dei binari tra Las Palmas e Oropesa (13,2 km), il Governo spagnolo aveva infatti proceduto alla realizzazione di un tracciato ferroviario di 13,2 km attraverso i Comuni di Castellón, Benicasim e Oropesa, senza effettuare una preventiva comunicazione al pubblico a scopo di consultazione e senza produrre alcuna dichiarazione relativa all'impatto ambientale.

Dando seguito ad una denuncia ricevuta nel maggio 1999 e ad un successivo scambio di corrispondenza con le autorità spagnole, la Commissione – reputando non correttamente applicata nella fattispecie la direttiva n. 85/337 – aveva da prima assegnato al Regno di Spagna un termine di due mesi entro cui presentare le proprie osservazioni (lettera di diffida del 13 aprile 2000) e, rimasta insoddisfatta dei chiarimenti forniti, aveva inviato al Governo spagnolo il proprio parere motivato ai sensi dell'art. 226 del Trattato, invitandolo a conformarsi entro due mesi (lettera del 26 settembre 2000).

Di fronte alla confermata opinione delle autorità nazionali di ritenere il caso sottratto al campo di applicazione della direttiva n. 85/337 (lettera del 2 gennaio 2001), la Commissione proponeva pertanto ricorso alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 226 del Trattato, lamentando l'inadempimento, da parte del Regno di Spagna, degli obblighi previsti dagli artt. 2, 3, 5 n. 2, e 6 n. 2, della direttiva n. 85/337.

La posizione della Commissione si fondava essenzialmente su un duplice presupposto: da un lato, che lo stesso Governo resistente aveva riconosciuto

Germania, in *Raccolta*, 1990, p. 2879; 22 marzo 1995 in causa n. C-375/92, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna* in *Raccolta*, 1994, p. 923; 18 giugno 1998 in causa n. C-35/96, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3851. Successivamente, con riguardo all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale, si veda la sentenza del 10 novembre 2005 in causa n. C-385/04, *Commissione delle Comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, (*inedita*), con cui la Corte ha condannato i predetti Stati membri per la mancata attuazione della direttiva n. 2001/16/Ce (il dispositivo è pubblicato in *Guce* n. C 10 del 14 gennaio 2006, p. 4).

³ Sebbene la direttiva n. 85/337 sia stata modificata dalla direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, n. 97/11/Ce e dalla direttiva del Parlamento e del Consiglio 26 maggio 2003, n. 2003/35/Ce, si segnala che siffatte modifiche non hanno riguardato le disposizioni oggetto del procedimento contenzioso (in particolare il punto 7 dell'allegato I e il punto 12 dell'allegato II, salvo che per la numerazione di questo ultimo, per cui si veda, *infra*, la nota 7).

che i lavori in questione erano stati eseguiti senza la valutazione di impatto ambientale, dall'altro, che la obbligatorietà di siffatta preliminare valutazione doveva desumersi pacificamente dal tenore letterale dell'Allegato I alla direttiva n. 85/337 che, specificandone il campo d'applicazione dell'art. 4 relativo a siffatti obblighi, al punto 7, lett. a., contemplava «Costruzione di tronchi ferroviari per il traffico a grande distanza»⁴.

Dopo avere sollevato una debole eccezione di irricevibilità⁵, e prima di procedere alle proprie difese, il Governo spagnolo aveva in effetti riconosciuto la mancanza di uno studio di valutazione d'impatto ambientale relativo all'effettuato intervento di ammodernamento della linea ferroviaria, sostenendo tuttavia che, nella fattispecie, siffatta valutazione non fosse necessaria⁶.

Argomentava infatti la difesa dello Stato che i lavori intrapresi costituivano un «semplice potenziamento di una linea ferroviaria già esistente» effettuata mediante «un raddoppiamento dell'unico binario iniziale» e non – come previsto dalla direttiva, in particolare all'art. 7 dell'allegato I – «la costruzione di una nuova linea ferroviaria» o di «un nuovo tracciato su una lunga distanza».

Secondo questa configurazione, essi avrebbero costituito una «modifica dei progetti che figurano nell'allegato I» – contemplata dalla più blanda previsione dell'art. 4, n. 2, della direttiva (ed elencati nell'allegato II, in particolare al punto 12⁷) – e come tali oggetto di valutazione di impatto ambientale soltanto a discrezione del Governo committente⁸.

⁴ La Commissione evidenziava in particolare che il progetto in questione prevedeva la costruzione di una nuova via ferrata raddoppiata e adattata ad una velocità di 200/220 km/h (a fronte della velocità attuale di circolazione di soli 90 km/h) nonché la costruzione di un nuovo tracciato nel territorio del Comune di Benicasim.

⁵ Siffatta eccezione - relativa ad una presunta estensione dell'oggetto nella fase contenziosa del procedimento (il raddoppiamento dei binari per tutta la lunghezza della tratta Las Palmas-Oropesa, pari a 13,2 km) rispetto a quella amministrativa (il nuovo tracciato destinato ad aggirare il Comune di Benicasim, di lunghezza pari a 7,64 km) - veniva rigettata dalla Corte sulla considerazione che la lettera di diffida e il parere motivato della Commissione, analogamente all'atto introduttivo del ricorso ex art. 226, facevano già espresso riferimento al «tronco Las Palmas Oropesa», conformandosi in tal modo alla propria costante giurisprudenza in materia (v. sentenze 10 settembre 1996 in causa n. C-11/95, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4115, punto 73; 16 settembre 1997 in causa n. C-279/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4743, punti 24 e 25; 29 settembre 1998 in causa n. C-191/95, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5449, punto 56; 11 luglio 2002 in causa n. C-139/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6407, punto 18).

⁶ Tale ammissione da parte del Governo spagnolo si rinviene fin dalla prima risposta (lettera del 13 gennaio 2000) alla richiesta di chiarimenti della Commissione.

⁷ L'art. 3 della direttiva n. 2003/35/Ce ha modificato la numerazione del predetto allegato per cui attualmente la previsione in questione ricade nel punto 13; per chiarezza nel seguito si farà ancora riferimento alla vecchia numerazione, in vigore all'epoca del procedimento.

⁸ Al contrario, per sostenere che un raddoppiamento di binari ricade nella previsione di cui al punto 7 dell'allegato I, la Commissione (al punto 7 della propria memoria di replica) evidenziava come il raddoppiamento di una via ferroviaria implichi la costruzione di un nuovo binario, comunque parallelo ad una via già esistente, e che proprio lo studio d'impatto ambientale fornito dal Regno di Spagna, effettuato nel 1994 nell'ambito dell'adozione di un nuovo piano urbanistico, concludeva che il raddoppiamento di binari sulla tratta in questione era idoneo a produrre rilevanti ripercussioni sull'ambiente tra cui i rischi di «processi di erosione e di destabilizzazione delle scarpate (...).

Ad ulteriore sostegno, veniva invocata la stessa normativa nazionale di attuazione della direttiva n. 85/337 (ed in particolare del relativo punto 7 dell'Allegato I) – la cui compatibilità con la direttiva medesima non era stata mai messa in dubbio dalla Commissione – evidenziando che il suo campo di applicazione, da un punto di vista letterale, riguarda lavori effettuati su «*lines*» (in italiano «*linee*») e non «*voies*» («*vie*» o «*binari*»)⁹ e presentano il requisito della destinazione al traffico a grande distanza (mentre nel caso di specie riguardavano il collegamento tra due località distanti tra loro soltanto 13,2 km)¹⁰.

Ulteriormente arricchendo le proprie difese, in sede di interpretazione funzionale della normativa, lo Stato affermava che comunque i lavori realizzati non avevano avuto alcun concreto impatto ambientale aggiuntivo rispetto a quello già determinato dalla costruzione della linea preesistente, essendo comunque onere processuale della Commissione fornire la prova di tale impatto sull'ambiente.

Aggiungeva, in subordine, che le prescrizioni della direttiva erano state rispettate nella loro sostanza, in quanto la revisione del piano regolatore generale di Benicasim – effettuata nel 1992 proprio per destinare una determinata area della località alla costruzione della tratta di circonvallazione – era stata preceduta dalla realizzazione di uno studio di impatto sottoposto a consultazione pubblica e da una dichiarazione relativa alle ripercussioni sull'ambiente¹¹.

Lo Stato resistente eccepeva inoltre che se la Commissione avesse ritenuto effettivamente necessaria una valutazione dell'impatto ambientale per il raddoppio delle vie ferroviarie, uguale ricorso per inadempimento avrebbe

perdita di suoli coltivabili, inquinamento sonoro (...), modificazione del drenaggio di superficie».

⁹ La debolezza di tale ricostruzione letterale della previsione risulta tanto maggiore ove si consideri che la stessa versione spagnola del punto 7 dell'allegato I della direttiva fa riferimento a «*vias*» (come pure la versione italiana parla di «*vie*», la versione portoghese di «*vias*» e la versione francese di «*voies*») e come soltanto la versione inglese, proprio quella citata dal Regno di Spagna, possa generare confusioni. Al riguardo la Commissione aveva contrapposto in udienza una definizione dell'Oxford Dictionary della parola «*line*» quale via, binario, e non tratta ferroviaria di collegamento tra due località.

¹⁰ Si tratta del Real Decreto Legislativo (regio decreto legislativo) del 28 giugno 1986, relativo alla valutazione d'impatto ambientale nonché del relativo regolamento recante attuazione di tale disposizione legislativa, approvato con il Real Decreto (regio decreto) del 30 settembre 1988 in relazione ai quali, peraltro, come evidenziato anche dall'Avvocato Generale Poiates Maduro nelle proprie conclusioni (punto 32), il Regno di Spagna era già stato condannato (sentenza 13 giugno 2002 in causa n. C-474/99, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5293) per inesatta trasposizione della direttiva.

¹¹ A sostegno veniva citata una pronuncia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Spagna) del 26 ottobre 1998 che aveva ritenuto sufficiente la procedura ambientale seguita in conformità della normativa nazionale. In senso opposto, il fascicolo presentato alla Corte evidenziava come tale piano - prendendo in considerazione soltanto sommariamente il tracciato della via ferrata e omettendo di includere la località di Oropesa, nella quale la costruzione della via in questione poteva produrre ripercussioni sull'ambiente - non soddisfacesse le condizioni minime fissate dalla direttiva, in particolare i criteri di precisione dell'informazione richiesti dall'art. 5, n. 2 (descrizione del sito, della concezione e delle dimensioni del progetto).

dovuto già proporre per l'intero raddoppio della linea Valenza/Tarragona per una lunghezza di 251 km.¹²

La difesa del Governo spagnolo evidenziava infine che le autorità spagnole competenti avrebbero comunque agito in buona fede ed avrebbero mostrato spirito di cooperazione conformandosi alla tesi della Commissione per la parte del progetto che ancora lo consentiva, in quanto avrebbero sottoposto a consultazione pubblica, prima della conclusione dei lavori, la «modifica n. 3» del detto progetto, riferita essenzialmente alla costruzione di un viadotto di 754,5 m di lunghezza¹³.

La Corte di giustizia, uniformandosi alle conclusioni dell'Avvocato Generale Poiaras Maduro del 24 marzo 2004, ha concluso per la condanna del Regno di Spagna per violazione degli obblighi previsti dalla direttiva.

La prospettiva che ha ispirato la decisione della Corte muove innanzitutto dalla considerazione che la direttiva n. 85/337, allorquando impone la sottoposizione di determinati progetti alla previa valutazione del loro impatto ambientale, mira a prevenire gli inquinamenti ed altri danni all'ambiente.

In questo disegno, essa impone di prendere in considerazione gli interessi ambientali nel processo decisionale relativo a numerosi progetti e, in siffatto processo, di curare l'effettiva tutela degli interessi ambientali nell'ordinamento comunitario, intesi non solo come principio di ordine generale ma quale autonomo diritto fondamentale dotato di carattere immediatamente precettivo, sacrificando interpretazioni meramente formali o letterali delle relative disposizioni di salvaguardia.

Da qui discende la conclusione che il comportamento dello Stato membro ha oggettivamente costituito una violazione delle prescrizioni della direttiva comunitaria in materia di valutazione di impatto ambientale, ricadendo il realizzato intervento di ammodernamento della linea ferroviaria nel relativo campo di applicazione, per le sue dimensioni e la conseguente influenza sull'ambiente circostante.

¹² Questa obiezione trascura tuttavia di considerare, così venendo agevolmente rigettata, che la decisione sull'opportunità di iniziare un procedimento contenzioso per inadempimento compete, in via esclusiva, alla Commissione, come da sua conforme giurisprudenza (sentenze dell'11 agosto 1995 in causa n. C-431/92, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2189, punto 22; del 5 novembre 2002 in causa n. C-476/98, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9855, punto 38; del 10 aprile 2003 in cause riunite n. C-20/01 e n. C-28/01, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3609, punto 30).

¹³ Al riguardo, tuttavia, già le conclusioni dell'Avvocato Generale evidenziavano che la procedura di valutazione dell'impatto ambientale sulla modifica n. 3 del progetto (iniziato nel marzo 1999 e autorizzato il 26 novembre successivo) era stata avviata successivamente all'inizio dei lavori, l'informazione al pubblico venendo pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado* soltanto il 3 gennaio 2001, in difformità dall'art. 6, n. 2 che impone che l'informazione del pubblico sia preliminare rispetto alla realizzazione dei lavori.

La pronuncia della Corte muove dall'affermazione che il diritto dell'ambiente si è gradatamente evoluto diventando un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario¹⁴.

L'importanza di questa statuizione è tanto maggiore ove si consideri che il *modus procedendi* dei giudici comunitari non può non essere influenzato dalla diversità delle concezioni presenti nei diversi ordinamenti nazionali e dalla diversa valutazione che degli stessi viene fatta in relazione ad interessi di volta in volta contrapposti (sviluppo delle infrastrutture, celerità dei rapporti economici, ecc.).

Proprio nella prospettiva della irrinunciabile esigenza di contemperare, almeno in via di ipotesi nella fase legiferante, siffatti contrapposti interessi, deve innanzitutto evidenziarsi che il quadro normativo di riferimento in ambito comunitario – di cui la direttiva n. 85/337 rappresenta chiaramente un momento precettivo e, in controparte, sanzionatorio – non prevede l'obbligatorietà dello studio di valutazione di impatto ambientale dei progetti in modo assoluto e inderogabile.

La stessa direttiva distingue due classi di progetti: una prima classe relativa ai progetti idonei ad avere ripercussioni notevoli sull'ambiente, per i quali sussiste l'obbligo degli Stati membri di procedere ad uno studio del loro eventuale impatto ambientale prima che siano portati ad esecuzione (contemplati all'art. 4, n. 1, della direttiva ed elencati nell'allegato I); una seconda classe relativa ai progetti per i quali gli Stati membri dispongono di un margine discrezionale in merito al loro assoggettamento ad uno studio preliminare di impatto ambientale (contemplati all'art. 4, n. 2, della direttiva ed elencati nell'allegato II).

L'importanza della configurazione di un progetto costruttivo nell'una piuttosto che nell'altra delle due classi è di immediata evidenza sia con riguardo alla pervasività degli obblighi formali incombenti allo Stato sia per quanto attiene alla complessità tecnica dello studio di valutazione richiesto dalla direttiva (artt. 5 ss.).

¹⁴ Il tema della tutela ambientale, a dispetto della sua emersione relativamente recente nel diritto comunitario, ha rapidamente pervaso il sistema complessivo del Trattato. Sebbene infatti il testo del 1957 non prevedesse la tutela ambientale (contemplata invece nei Trattati CECA e CEEA per quanto relativo ai relativi specifici settori di applicazione) con l'Atto Unico Europeo (28 febbraio 1986), in sede di prima revisione, fu aggiunto un intero Titolo (il VII, divenuto prima XVI con il Trattato dell'Unione Europea e il XIX con il Trattato di Amsterdam) basato sul principio che la protezione ambientale è componente fondamentale della costruzione europea, funzionale alla realizzazione del Mercato comune, sostenuto, con le successive modifiche, anche da significativi strumenti finanziari (Fondo di Coesione). Per un approfondimento si rinvia a L. FERRARI BRAVO - E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario. Vol. II. Le politiche comunitarie*, cit. supra, nota 1, p. 483 ss.; V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, cit. supra, nota 1, p. 817 ss.; A. SAGGIO, *Le basi giuridiche della politica ambientale nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico*, in *Riv. dir. eur.*, 1990, p. 39 ss. Il Trattato sulla Costituzione europea dedica all'ambiente la Sezione 5 della Parte III, agli Articoli III-233 e III-234.

La conclusione della Corte, secondo cui il progetto portato ad esecuzione dal Governo spagnolo rientra nella prima classe, corrisponde dunque ad una duplice considerazione secondo cui siffatto progetto configura in concreto la fattispecie astratta delineata dal punto 7 dell'allegato I («costruzione di tronchi ferroviari per il traffico a grande distanza») e, contestualmente, non configura la fattispecie del punto 12 dell'allegato II («modifica dei progetti che figurano nell'allegato I»).

Le argomentazioni difensive dello Stato membro, ovviamente propenso a privilegiare l'applicazione di tale ultima disposizione, muovevano dalla tesi che talune versioni linguistiche della direttiva parlerebbero di linee ferroviarie, e non di vie ferroviarie e, pertanto, il punto 7 in questione sarebbe riferito soltanto alle costruzioni di nuove tratte ferroviarie tra due destinazioni in precedenza non collegate tra loro.

L'accentuato formalismo di questa lettura ha portato la Corte a soffermarsi sul punto, coerentemente con la propria costante giurisprudenza.

In linea con l'orientamento secondo cui occorre garantire un'interpretazione uniforme delle disposizioni comunitarie, la Corte conferma che una versione linguistica di un determinato concetto deve essere interpretata e applicata non isolatamente bensì alla luce delle versioni vigenti nelle altre lingue, conformemente alla previsione dell'art. 314 del Trattato secondo cui tutte le versioni fanno fede¹⁵.

In tal modo, attraverso il superamento della presunta divergenza linguistica rilevata dal Regno di Spagna, la Corte di giustizia ha efficacemente dimostrato che l'interpretazione della normativa comunitaria deve essere condotta tenendo presente il contesto giuridico nel quale essa è collocata, dovendo essere funzionale alle relative finalità (nel caso di specie: gli obiettivi della direttiva in questione)¹⁶.

I giudici comunitari colgono infatti l'occasione per sottolineare che la direttiva n. 85/337 – mirando a prevenire gli inquinamenti ed altri eventuali pericoli per l'ambiente – ha come obiettivo essenziale l'estensione dell'obbligo di valutazione a qualsiasi progetto idoneo ad avere un impatto rilevante sull'ambiente¹⁷.

¹⁵ Si ricordano, in particolare, le sentenze del 5 dicembre 1967 in causa n. 19/67, *Van der Vecht*, in *Raccolta*, 1967, p. 407, in particolare p. 417; del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *CILFIT e a.*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415, punto 18, e del 17 luglio 1997 in causa n. C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4411, punto 15.

¹⁶ Si vedano le sentenze del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999, punto 14; del 7 dicembre 1995 in causa n. C-449/93, *Rockfon*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4291, punto 28; del 24 ottobre 1996 in causa n. C-72/95, *Kraaijeveld e a.*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5403, punto 28, e del 9 marzo 2000 in causa n. C-437/97, *EKW e Wein & Co*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1157, punto 42.

¹⁷ Si vedano in particolare l'art. 2 della direttiva n. 85/337 e il suo *considerando* n. 6. Dal punto di vista giurisprudenziale, rileva la sentenza del 19 settembre 2000 in causa n. C-287/98, *Linster*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6917, punto 52.

Più in generale, la direttiva mira ad evitare che venga sottratto a tale valutazione ogni progetto idoneo a produrre rilevanti ripercussioni sull'ambiente¹⁸.

L'interpretazione proposta dal Regno di Spagna¹⁹ condurrebbe, invece, alla conseguenza che la costruzione di nuove vie ferroviarie e la trasformazione della loro destinazione, dall'uso locale al traffico a grande distanza, verrebbero sottratte ad ogni valutazione preventiva delle loro conseguenze sull'ambiente circostante, con evidente e grave *vulnus* degli obiettivi essenziali della direttiva in argomento²⁰.

Questa sottrazione sarebbe viepiù irragionevole ove si consideri che anche un nuovo tracciato e un raddoppio di binari possono avere rilevanti ripercussioni sull'ambiente.

È in effetti l'art. 2, n. 1, che fornisce il criterio più adeguato per stabilire se un progetto debba essere sottoposto a una valutazione obbligatoria delle sue ripercussioni sull'ambiente, ovvero la necessità di valutare e appurare se lo stesso abbia, anche solo potenzialmente, un «impatto ambientale importante».

In questa prospettiva, risulta di immediata evidenza che sia la costruzione di una via ferroviaria in base ad un nuovo tracciato sia il raddoppio di una via ferrata sono, per loro natura, idonee ad avere un impatto ambientale importante a motivo della modifica dell'ambiente che esse determinano e richiedono obbligatoriamente una previa valutazione in conformità della direttiva.

In questo ambito argomentativo, così delineato, gioca indubbiamente un ruolo significativo anche la considerazione di un ulteriore elemento: l'intensificarsi del traffico ferroviario nel territorio comunitario, non estraneo alla linea in questione, in conseguenza del suo raddoppio, si accompagnerà anche ad un impatto sonoro significativo, con livelli di rumore equivalente superiori

¹⁸ Sentenza del 16 settembre 1999 in causa n. C-435/97, *WWF e a.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5613, punto 45.

¹⁹ Il Regno di Spagna precisava al riguardo che includere il raddoppiamento di vie ferroviarie nella definizione di costruzione di vie ferroviarie non sarebbe stato ragionevole alla luce del punto 10, lett. d. (attualmente lett. e., dell'allegato II che per la «costruzione di strade» prevede una valutazione solo facoltativa d'impatto ambientale. In senso contrario, può argomentarsi che il sistema introdotto dalla direttiva sottopone a regimi differenti la costruzione di autostrade e di vie di rapida comunicazione (sottoposti a valutazione obbligatoria secondo la menzione nell'allegato I) e la costruzione di altre strade (menzionata nell'allegato II). Ad esempio, in tal modo, il progetto di trasformazione di una strada in autostrada come anche quello di costruzione di un'autostrada in assenza di strada preesistente, rientrano ambedue nella previsione dell'allegato I della direttiva.

²⁰ All'argomento del governo resistente secondo cui il progetto non poteva rientrare nelle previsioni di cui al punto 7 dell'allegato I della direttiva, poiché questo non riguarderebbe il traffico a grande distanza, la Commissione aveva replicato che la nuova via ferrata era situata su una linea ferroviaria di 251 km tra Valenza e Tarragona, compresa nel «Corridoio mediterraneo» che unisce la regione spagnola del Levante alla Catalogna e alla frontiera francese: tanto considerato, questa non rappresenterebbe dunque una linea locale bensì una linea integrata in una nuova via ferrata a grande distanza. Il fatto inoltre che i singoli segmenti della linea coprirebbero ognuno distanze brevi, collegando località vicine, sarebbe irrilevante perché qualsivoglia costruzione di una linea ferroviaria, anche di notevoli dimensioni complessive, viene effettuata per tappe successive.

al livello massimo raccomandato dall'Organizzazione mondiale della sanità per le ore notturne (45 decibel)²¹.

Tale considerazione è tanto più fondata ove si tenga conto che il raddoppiamento delle vie ferroviarie non prevede la loro permanenza in forma identica allo *status quo*, bensì include un adattamento di queste ultime ai treni a grande velocità.

Da un punto di vista logico, ancor prima che giuridico, è impossibile escludere *a priori* che un raddoppiamento di binari possa avere rilevanti ripercussioni sull'ambiente come è inevitabile ritenere che la costruzione di binari supplementari possa avere un impatto ambientale, in quanto l'utilizzazione della linea ferroviaria ne risulterà mutata.

Interpretare dunque il punto 7 alla luce dell'oggetto e della finalità della direttiva equivale ad assicurarsi che gli Stati membri procedano ad una preliminare e seria valutazione dell'impatto sull'ambiente di tutti i progetti che rischiano di ingenerare effetti negativi su quest'ultimo²².

La direttiva 85/337 si inserisce infatti nell'ambito delle previsioni del diritto comunitario derivate indirizzate a realizzare gli obiettivi del *Terzo Programma d'Azione* (7 febbraio 1983), in particolare il suo nuovo approccio c.d. «preventivo», dopo la riduzione dell'inquinamento e la preservazione delle risorse naturali, perseguiti, rispettivamente, dal *Primo Programma* (22 novembre 1973) e dal *Secondo Programma d'azione* (17 maggio 1977)²³.

L'inclinazione delle politiche comunitarie verso il contemperamento degli interessi, nelle diverse fasi di attuazione e nei vari settori di intervento, appare oggi confermata, con precipuo riguardo al tema della tutela ambientale, nel testo della Costituzione per l'Europa ove viene riproposta la medesima formulazione dell'art. 6 del Trattato CE: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni di cui alla presente parte, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (Art. 119 – Parte III).

Il tendenziale equilibrio che contrassegna siffatto impianto normativo si coniuga coerentemente con il carattere tradizionalmente orizzontale della politica comunitaria, ispirato all'integrazione dei bisogni ambientali nella piani-

²¹ Tradizionalmente, le fonti del rumore costituiscono infatti l'oggetto principale su cui incidono le misure comunitarie contro l'inquinamento acustico previste da numerose direttive, riconducibili alla più ampia azione della Comunità volta a contenere ogni causa di alterazione dell'ambiente e di danni per la salute, come risultante anche nel *Libro verde* presentato in materia dalla Commissione il 4 novembre 1996.

²² Sentenze *WWF e a., cit. supra*, nota 18, punto 45, e *Linster, cit. supra*, nota 17, punto 52.

²³ Successivamente sono stati adottati ancora tre programmi relativi rispettivamente ad approccio integrato e multisettoriale, partecipazione e informazione della collettività, cambiamento climatico e approcci strategici.

ficazione e nell'esecuzione delle attività svolte nei vari settori d'intervento della Comunità e, di riflesso, dell'attività statale²⁴.

Antonio Natali

²⁴ Con il *Quinto Programma* (15 dicembre 1992) «*Per uno sviluppo durevole e sostenibile*», concernente il periodo 1992-2000, la Comunità ha affermato l'esigenza di utilizzare strumenti di economia di mercato per prevenire condotte dannose per l'ambiente nella prospettiva del mantenimento e della continuità dello sviluppo economico e sociale, da perseguire nel rispetto dell'ambiente e della preservazione delle risorse naturali. In questo contesto, il programma ha mirato all'introduzione di obiettivi di protezione ambientale anche nelle altre politiche comunitarie, sulla base di una collaborazione tra governi, operatori economici e collettività, secondo un'impostazione globale e volontaristica. Tra i settori su cui è destinata ad incidere l'azione del Programma, in considerazione del loro rilevante impatto ambientale, sono inclusi espressamente i trasporti (oltre a industria, turismo, agricoltura, energia): riconoscendo l'intensificarsi del ricorso ai trasporti per il completamento del mercato interno, si afferma l'esigenza di una rapida adozione nel settore di misure di miglioramento della gestione delle infrastrutture e dei mezzi di trasporto, della qualità dei carburanti e di sviluppo dei trasporti pubblici.

**DISCIPLINA DEI NOMI GEOGRAFICI:
LIMITI ALLA LORO TUTELA**

**Tribunale di primo grado
Sentenza del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04***

Shaker di L. Laudato & C. Sas c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)

Domanda di marchio comunitario figurativo Limoncello della Costiera Amalfitana shaker - Marchio nazionale verbale anteriore - Regolamento (Ce) n. 40/94, art. 8, n. 1, lett. b. - Rigetto della richiesta di registrazione - Rischio di confusione - Insussistenza.

Nonostante l'identità dei prodotti di cui trattasi, il grado di somiglianza tra i marchi in questione non è sufficientemente elevato perché si possa ritenere che il pubblico spagnolo di riferimento possa credere che i prodotti di cui è causa provengano dalla stessa impresa o da imprese economicamente collegate. Pertanto, contrariamente a quanto ha ritenuto l'UAMI nella decisione impugnata, non esiste rischio di confusione tra tali marchi ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. b., del regolamento n. 40/94.

(Omissis) **In diritto**

B. *Giudizio del Tribunale*

1. Considerazioni preliminari

41. Ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. b., del regolamento n. 40/94, in seguito all'opposizione del titolare di un marchio anteriore, un marchio è escluso dalla registrazione se, a causa dell'identità o della somiglianza con un marchio anteriore e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi per i quali i due marchi sono stati richiesti,

* In *Raccolta*, 2005, II, p. 2305 ss. In argomento v. *infra*, p. 473 ss., il commento di GIUSEPPINA DI SALVATORE.

sussiste un rischio di confusione per il pubblico del territorio nel quale il marchio anteriore è tutelato.

42. Per il resto, in forza dell'art. 8, n. 1, lett. *a.*, punto *ii.*, del regolamento n. 40/94, si intendono per marchi anteriori i marchi, registrati in uno Stato membro, la cui data di deposito sia anteriore a quella della domanda di marchio comunitario.

43. Secondo una giurisprudenza costante, costituisce un rischio di confusione la possibilità che il pubblico creda che i prodotti o i servizi in questione provengano dalla stessa impresa o eventualmente da imprese economicamente legate tra loro [v. sentenza del Tribunale 9 luglio 2003 in causa n. T-162/01, *Laboratorios RTB/UAMI – Giorgio Beverly Hills (Giorgio Beverly Hills)*, *Raccolta*, II, p. 2821, punto 30 e giurisprudenza ivi menzionata].

44. Secondo questa stessa giurisprudenza, il rischio di confusione deve essere valutato globalmente, a seconda della percezione che il pubblico rilevante ha dei segni e dei prodotti o servizi di cui trattasi, e tenendo conto di tutti i fattori pertinenti nella fattispecie, in particolare dell'interdipendenza tra la somiglianza dei segni e quella dei prodotti o servizi designati (v. sentenza *Giorgio Beverly Hills*, punto 43 *supra*, punti 31-33 e giurisprudenza ivi menzionata).

45. Nella fattispecie, il marchio anteriore è un marchio verbale registrato e tutelato in Spagna. Peraltro, i prodotti di cui trattasi sono prodotti destinati al consumo corrente. Pertanto, occorre tener conto, ai fini della valutazione del rischio di confusione nella fattispecie, del punto di vista del pubblico rilevante costituito dai consumatori medi spagnoli.

46. Una volta definito il pubblico rilevante, occorre analizzare le comparazioni, da un lato, tra i prodotti di cui trattasi e, dall'altro, tra i segni in conflitto.

2. Comparazione dei prodotti

47. Per quanto riguarda la comparazione dei prodotti di cui trattasi, occorre osservare che la commissione di ricorso ha ritenuto che i prodotti cui si riferisce il marchio anteriore includessero i prodotti cui si riferisce il marchio richiesto senza che ciò sia stato contestato dalle parti. Occorre quindi constatare l'esistenza di un'identità tra i detti prodotti.

3. Comparazione dei segni

a. Considerazioni preliminari

48. Per quanto riguarda la comparazione tra i marchi di cui trattasi, occorre sottolineare innanzi tutto che, nella fattispecie, il marchio richiesto è un marchio complesso, che si compone di elementi verbali e figurativi, mentre il marchio anteriore è un marchio puramente verbale.

49. Inoltre, il Tribunale ricorda che, per quanto riguarda la somiglianza dei segni in conflitto, dalla giurisprudenza risulta che la valutazione globale del rischio di confusione deve fondarsi, per quanto attiene alla somiglianza visiva, auditiva o concettuale dei marchi di cui trattasi, sull'impressione complessiva prodotta da questi ultimi, in considerazione, in particolare, dei loro elementi distintivi e dominanti (v. sentenza *Bass*, punto 30 *supra*, punto 47 e giurisprudenza ivi menzionata).

50. Pertanto, occorre considerare che un marchio complesso può essere considerato simile ad un altro marchio, identico o simile ad una delle componenti del marchio complesso, solo se tale componente costituisce l'elemento dominante nell'impressione complessiva prodotta dal marchio complesso. Ciò si verifica quando tale componente può, da sola, dominare l'immagine di tale marchio che il pubblico pertinente conserva in memoria, in modo tale che tutte le altre componenti del marchio risultino trascurabili nell'impressione complessiva da questo prodotta (sentenza *Matratzen*, punto 38 *supra*, punto 33, confermata in sede di impugnazione con ordinanza della Corte 28 aprile 2004 in causa n. C-3/03 P, *Matratzen Concord c. UAMI*, *Raccolta*, I, p. 3657).

51. Tale approccio non significa prendere in considerazione solo una componente di un marchio complesso e paragonarla con un altro marchio. Occorre invece operare il confronto esaminando i marchi di cui trattasi, considerati ciascuno nel suo complesso. Tuttavia, ciò non esclude che l'impressione complessiva prodotta nella memoria del pubblico pertinente da un marchio complesso possa, in determinate circostanze, essere dominata da una o più delle sue componenti (sentenza *Matratzen*, punto 38 *supra*, punto 34).

52. Quanto alla valutazione del carattere dominante di una o più componenti determinanti di un marchio complesso, occorre tenere conto, in particolare, delle qualità intrinseche di ciascuna di tali componenti paragonandole con quelle di altre componenti. Inoltre ed in via accessoria, può essere presa in considerazione la posizione relativa delle diverse componenti nella configurazione del marchio complesso (sentenza *Matratzen*, punto 28 *supra*, punto 35).

53. In concreto, ciò comporta che la commissione di ricorso doveva esaminare quale componente del marchio richiesto potesse, per le sue caratteristiche visive, fonetiche o concettuali, fornire di per sé l'impressione di tale marchio che il pubblico pertinente conserva nella memoria, di modo che le altre componenti di quest'ultimo appaiano trascurabili a tal riguardo. Come indicato sopra ai punti 51 e 52, questo esame può portare alla conclusione che diverse componenti debbano essere considerate dominanti.

54. Tuttavia, se il marchio richiesto è un marchio complesso a carattere visivo, la valutazione dell'impressione complessiva di questo marchio nonché la determinazione di un eventuale elemento dominante dello stesso deve avvenire sulla base di un'analisi visiva. Pertanto, in una tale ipotesi, solo in quanto un eventuale elemento dominante comportasse aspetti semantici non visivi occorrerebbe, eventualmente, procedere al confronto tra questo elemento, da un lato, ed il marchio anteriore, dall'altro, prendendo in considerazione anche questi altri aspetti semantici, come ad esempio concetti astratti pertinenti o aspetti semantici fonetici.

b. Componente dominante

i. *Descrizione delle componenti del marchio richiesto a partire da una percezione visiva di quest'ultimo*

55. Il Tribunale osserva che le componenti del marchio richiesto sono il termine «limoncello» scritto in lettere bianche e in caratteri grandi, i termini «della costiera amalfitana» scritti in lettere gialle e in carattere più piccolo, il termine «shaker» riportato

in caratteri blu più piccoli in un riquadro a fondo bianco, la cui lettera «k» rappresenta un bicchiere e, infine, la rappresentazione figurativa di un grande piatto tondo il cui centro è bianco e il cui bordo è ornato, da un lato, da disegni che rappresentano limoni gialli su un fondo scuro e, dall'altro, da una fascia discontinua turchese e bianca. L'insieme di queste componenti del marchio è posto su un fondo blu scuro.

ii. Dominanza del piatto tondo ornato di limoni nel marchio richiesto

56. Per quanto riguarda la componente figurativa del marchio richiesto che rappresenta un piatto tondo ornato di limoni, occorre osservare che, oltre alla rappresentazione realistica di un piatto, essa è caratterizzata da contrasti di colori, dalla sua grande dimensione e dai disegni realistici di limoni sul bordo, cosa che nel suo insieme conferisce a questa rappresentazione un'attrattiva visiva tutta particolare.

57. Questo piatto tondo ornato di limoni dispone, a causa delle sue qualità intrinseche, di un forte carattere distintivo rispetto alle altre componenti del marchio richiesto ed in particolare rispetto al termine «limoncello». Esso gode pertanto di una preminenza rispetto agli altri elementi del marchio richiesto.

58. In via accessoria, occorre osservare che, nonostante la sua posizione leggermente decentrata, la rappresentazione figurativa del piatto si colloca nei due terzi inferiori del marchio richiesto e copre l'essenziale di tale parte, mentre il termine «limoncello» copre solo una gran parte del terzo superiore del marchio richiesto.

59. Ne deriva che la rappresentazione del piatto tondo ornato di limoni dev'essere considerata chiaramente come la componente dominante del marchio richiesto.

iii. Ponderazione degli altri elementi del marchio richiesto

- Termine «limoncello»

60. Nella fattispecie, la tesi della commissione di ricorso, che ha ritenuto, al punto 20 della decisione impugnata, che il termine «limoncello» fosse l'elemento dominante del marchio richiesto, a causa essenzialmente dei suoi caratteri grandi e della sua posizione preminente, per ritenere poi, al punto 21 della decisione impugnata, che i marchi in questione fossero visivamente e foneticamente quasi identici, non può essere condivisa.

61. Per quanto riguarda il termine «limoncello», il Tribunale osserva che, anche se è vero che questo termine viene presentato in una veste tipografica più grande rispetto alle altre componenti verbali del marchio richiesto, esso ha tuttavia un effetto visivo che colpisce nettamente meno rispetto al piatto tondo ornato di limoni. Il termine «limoncello» è del resto di dimensioni inferiori rispetto alla componente figurativa costituita dal piatto tondo ornato di limoni.

62. Per questi soli motivi e senza che sia necessario analizzare le caratteristiche fonetiche o concettuali di questo termine, occorre constatare che il termine «limoncello» non costituisce la componente dominante del marchio richiesto.

- Termini «della costiera amalfitana»

63. Per quanto riguarda i termini «della costiera amalfitana», occorre constatare, a partire da una percezione visiva, che questo elemento è scritto in caratteri piccoli rispetto al termine «limoncello» ed è descrittivo dell'origine geografica del prodotto

di cui trattasi. Inoltre, questi termini sono di dimensioni nettamente inferiori e di colori meno contrastati rispetto alla rappresentazione figurativa del piatto tondo ornato di limoni. Il Tribunale considera che, senza che sia necessario analizzare le sue caratteristiche fonetiche o concettuali, questa componente non può essere ritenuta un elemento dominante del marchio richiesto, in considerazione, in particolare, delle sue piccole dimensioni.

- Termine «shaker»

64. Per quanto riguarda il termine «shaker», risulta, a partire da una analisi visiva, che, nonostante il fondo bianco e l'elemento figurativo riportato sotto forma di un bicchiere nella lettera «k» di questo termine, quest'ultimo, così come il suo elemento figurativo, è di dimensioni ridotte rispetto al piatto tondo ornato di limoni e al termine «limoncello» riportato nel marchio di cui trattasi. Inoltre, questo termine non presenta lo stesso contrasto di colori della rappresentazione del piatto tondo ornato di limoni. Di conseguenza, il Tribunale ritiene che, senza che sia necessario analizzare le sue caratteristiche fonetiche o concettuali, questo termine non possa essere considerato un elemento dominante del marchio richiesto.

c. Valutazione globale del rischio di confusione

65. Occorre constatare che la rappresentazione figurativa di un piatto tondo ornato di limoni è la componente dominante del marchio richiesto e che non ha alcun punto comune con il marchio anteriore, che è un marchio puramente verbale.

66. Non vi è pertanto rischio di confusione tra i marchi di cui trattasi. La predominanza della rappresentazione figurativa di un piatto tondo ornato di limoni rispetto ad altri elementi del marchio richiesto impedisce qualsiasi rischio di confusione basato sull'esistenza di somiglianze visive, fonetiche o concettuali dei termini «limonchelo» e «limoncello» che figurano nei marchi di cui è causa.

67. Nell'ambito della valutazione globale del rischio di confusione, occorre ancora tener conto del fatto che il consumatore medio solo raramente ha la possibilità di procedere ad un confronto diretto dei vari marchi, ma deve fare affidamento sull'immagine non perfetta che ne ha mantenuto nella memoria (v., per analogia, sentenza della Corte 22 giugno 1999 in causa n. C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, Raccolta, I, p. 3819, punto 26). Il fatto che il consumatore medio serbi memoria solo di un'immagine imperfetta del marchio conferisce maggiore importanza all'elemento predominante del marchio in causa [sentenza del Tribunale 23 ottobre 2002 in causa n. T-104/01, *Oberhauser c. UAMI - Petit Liberto (Fifties)*, Raccolta, II, p. 4359, punto 47]. Pertanto l'elemento dominante del marchio richiesto costituito dal piatto tondo ornato da limoni riveste maggiore importanza nell'analisi complessiva del segno, dato che il consumatore, nell'osservare un'etichetta di una bevanda alcolica forte, prende in considerazione e rammenta l'elemento denominativo predominante del segno che gli consente, in occasione di un acquisto successivo, di ripetere l'esperienza.

68. La predominanza della componente figurativa costituita da un piatto tondo ornato di limoni nel marchio richiesto rende, nella fattispecie, la valutazione degli elementi distintivi del marchio anteriore privi di incidenza sull'applicazione dell'art. 8, n. 1, lett. b., del regolamento n. 40/94. Infatti, se la rilevanza del carattere distinti-

vo di un marchio verbale anteriore può influenzare la valutazione del rischio di confusione (v., in tal senso, sentenza della Corte 11 novembre 1997 in causa n. C-251/95, *Sabel*, *Raccolta*, I, p. 6191, punto 24), questo criterio presuppone che vi sia, quantomeno, un certo rischio di confusione tra il marchio anteriore e il marchio richiesto. Ora, dalla valutazione d'insieme del rischio di confusione tra i marchi di cui è causa risulta che la predominanza, nel marchio richiesto, di un piatto tondo ornato di limoni impedisce qualsiasi rischio di confusione con il marchio anteriore. Di conseguenza, non occorre più pronunciarsi sul carattere distintivo del marchio anteriore [v. in tal senso, sentenze del Tribunale 12 dicembre 2002 in causa n. T-110/01, *Vedial c. UAMI - France Distribution (Hubert)*, *Raccolta*, II, p. 5275, punti 64 e 65, confermata in sede di impugnazione con sentenza della Corte 12 ottobre 2004 in causa n. C-106/03 P, *Vedial c. UAMI*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 54; 22 ottobre 2003 in causa n. T-311/01, *Éditions Albert René c. UAMI - Trucco (Starix)*, *Raccolta*, II, p. 4625, punto 61; e 30 giugno 2004 in causa n. T-317/01, *M+M c. UAMI - Mediametrie (M+M EURODATA)*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punti 74 e 75].

69. Sulla base di queste considerazioni, occorre constatare che, nonostante l'identità dei prodotti di cui trattasi, il grado di somiglianza tra i marchi in questione non è sufficientemente elevato perché si possa ritenere che il pubblico spagnolo di riferimento possa credere che i prodotti di cui è causa provengano dalla stessa impresa o da imprese economicamente collegate. Pertanto, contrariamente a quanto ha ritenuto l'UAMI nella decisione impugnata, non esiste rischio di confusione tra tali marchi ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. b., del regolamento n. 40/94.

70. Pertanto, il primo motivo della ricorrente deve essere accolto.

II. *Secondo e terzo motivo, relativi rispettivamente allo sviamento di potere e al difetto di motivazione*

71. Dato che il primo motivo deve essere accolto, non occorre più esaminare gli altri motivi della ricorrente.

72. Pertanto, occorre, in conformità all'art. 63, n. 3, del regolamento n. 40/94, annullare la decisione impugnata e riformarla nel senso che il ricorso proposto dalla ricorrente dinanzi alla commissione di ricorso è fondato e, di conseguenza, l'opposizione deve essere respinta.

(*Omissis*)

NOME GEOGRAFICO E TUTELA DEL CONSUMATORE NEGLI ORIENTAMENTI RECENTI DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

Sommario: *Premessa - 1. Il valore dell'indicazione geografica secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee - 2. Considerazioni conclusive.*

Premessa

Con sentenza del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04¹, il Tribunale di primo grado delle Comunità europee si pronunciava in merito alla registrabilità

¹ In *Raccolta*, 2005, II, p. 2305 ss. e in questa *Rivista*, *supra*, p. 467 ss.

Corre l'obbligo, anzitutto, anche ai fini della coerenza del ragionamento che si intende condurre, di indicare in breve gli antefatti della controversia.

Il 20 ottobre 1999, la Shaker di L. Laudato & C. s.a.s. proponeva all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (in prosieguo UAMI), apposita domanda volta ad ottenere la registrazione del marchio comunitario denominativo «limoncello della costiera amalfitana» ai sensi del regolamento del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/94.

I prodotti in relazione ai quali si richiedeva la registrazione suddetta rientravano nelle classi 29, 32 e 33 dell'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957, sulla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi. Tuttavia, con lettera datata 23 novembre 1999 l'UAMI invitava la Shaker a ritirare la domanda di registrazione per i prodotti appartenenti alle bevande non alcoliche della classe 32, in forza della considerazione che se il marchio «limoncello della costiera amalfitana» fosse stato impiegato sia per distinguere i prodotti di questa classe sia quelli della classe 33, relativa invece alle bevande alcoliche, esso avrebbe potuto ingenerare confusione nel consumatore, inducendolo a ritenere che la bottiglia in tal modo denominata contenesse il noto liquore al limone; inoltre l'UAMI chiedeva che l'elenco dei prodotti della classe 33 venisse limitato al «liquore al limone proveniente dalla costiera amalfitana».

Effettuati tali correttivi, la domanda di marchio comunitario veniva pubblicata nel *Bollettino* (dei marchi comunitari) del 17 aprile 2000.

Il 1° giugno 2000, la Limiñana y Botella, SL, con sede in Monforte del Cid, presentava opposizione alla registrazione del marchio richiesto ex art. 42, n. 1, del regolamento n. 40/94, deducendo il serio timore della sussistenza di un rischio di confusione ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. b. dello stesso regolamento n. 40/94: siffatto rischio si paventava sia in riferimento ai prodotti della classe 33, sia allo stesso marchio denominativo – limonchelo – adoperato dalla Limiñana in relazione ai medesimi prodotti e registrato anni addietro (1996) presso l'Ufficio spagnolo dei brevetti e dei marchi.

Nel 2002, la divisione di opposizione dell'UAMI accoglieva l'opposizione medesima, motivando siffatta decisione con il riconoscimento della sussistenza di un rischio di confusione nel mercato spagnolo tra il marchio richiesto ed il marchio anteriore, considerate sia l'identità del prodotto in argomento sia le somiglianze visive e fonetiche tra i relativi segni distintivi.

Conformemente al dettato degli artt. 57-62 del regolamento n. 40/94 la Shaker proponeva allora ricorso all'UAMI avverso la decisione della divisione di opposizione; la seconda commissione di ricorso, a seguito di una scrupolosa analisi (ma forse non troppo!) respingeva, a sua volta, la domanda.

Veniva pertanto proposto un ulteriore ricorso, stavolta dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee.

come marchio comunitario denominativo dell'espressione «limoncello della costiera amalfitana».

L'aspetto che maggiormente stupisce nella sentenza in parola è constatare che, nell'ambito delle sia pur dettagliate osservazioni, si sia trascurato di rilevare un aspetto di primaria importanza in una materia quale quella relativa ai marchi d'impresa: *id est*, la circostanza che il marchio «limoncello della costiera amalfitana» non avrebbe mai potuto essere registrato come semplice marchio d'impresa, ma unicamente come marchio collettivo².

Innegabilmente negli ultimi anni il Tribunale di primo grado³ (ma anche

La Shaker pertanto deduceva, in sintesi, tre motivi: 1. annullamento della decisione impugnata e/o riforma della medesima; 2. convalida della domanda di registrazione del marchio richiesto dopo aver debitamente respinto l'opposizione; 3. condanna dell'UAMI alle spese.

L'Ufficio di Alicante chiedeva, invece, che venisse respinto il ricorso con conseguente condanna della società ricorrente alle spese.

Il Tribunale, dal canto suo, respingeva la decisione dell'UAMI.

Per altri commenti alla stessa sentenza, v. G. CASABURI, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 383; T. CASSATA, *Il disegno del simbolo della Costiera aiuta a memorizzare il prodotto*, in *Guida al Diritto*, 9 luglio 2005, p. 105 ss.; G. LEUZZI, *Il limoncello conteso tra una società italiana ed una spagnola: rischio di confusione tra marchi e ... «piatto blu ornato di limoni»*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2006, p. 91 ss.; E. SCOCINI, *La contraffazione delle denominazioni tipiche agroalimentari: il caso del limoncello della Costiera Amalfitana*, *ivi*, p. 95 ss.

² Tale marchio infatti si caratterizza per il fatto di garantire al consumatore l'origine, la qualità e la natura di un prodotto o di un servizio; esso cioè non distingue il singolo prodotto di un imprenditore, ma è proprio quel marchio che assicura l'origine geografica in relazione alle materie prime presenti nello stesso. Ne deriva che legittimati a registrare il marchio collettivo, pertanto, non sono coloro che producono o commercializzano il prodotto, ma coloro il cui compito è quello di garantirne gli *standard* qualitativi. Al contrario il marchio individuale è quello che contraddistingue la provenienza dei prodotti da una singola impresa; date siffatte coordinate, è lapalissiano che l'espressione «limoncello della costiera amalfitana», in considerazione della indicazione geografica in esso contenuta, non avrebbe potuto essere registrato come semplice marchio d'impresa. In dottrina, per talune riflessioni sulla differenza tra marchio individuale e marchio collettivo, specie quando vi venga inserita una indicazione geografica, v. F. CAPELLI, *L'utilizzo indebito di un nome geografico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 173 ss.; più in generale, sul marchio collettivo comunitario, v. B. SOLARINO, *Il marchio comunitario a confronto con il marchio nazionale*, in *Impresa c.i.*, n. 9/96, p. 1631 s.

³ V. in proposito, tra le altre le seguenti sentenze del Tribunale di primo grado delle Comunità europee: 27 settembre 2005 in causa n. T-123/04, *Cargo Partner c. OHMI*, inedita in *Raccolta*; 28 giugno 2005 in causa n. T-301/03, *Canali Ireland c. OHMI*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 2479; 25 maggio 2005 in causa n. T-352/02, *Creative Technology c. OHMI (w work pro)*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 1745; 4 maggio 2005 in causa n. T-22/04, *Reemark c. OHMI*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 1559; 20 aprile 2005 in causa n. T-211/03, *Faber Chimica c. OHMI*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 1297; 1° marzo 2005 in causa n. T-185/03, *Fusco c. OHMI*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 715; 13 dicembre 2004 in causa n. T-8/03, *El Corte Inglés c. OHMI*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 4297; 10 novembre 2004 in causa n. T-164/02, *Kaul c. OHMI*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 3807; 1° aprile 2004 in causa n. T-20/02, *Interquell c. OHMI*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1001; 31 marzo 2004 in causa n. T-216/02, *Fieldturf c. OHMI*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1023; 20 marzo 2002 in causa n. T-358/00, *DaimlerChrysler c. OHMI (Truckcard)*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 1993 ss.; 20 marzo 2002 in causa n. T-356/00, *DaimlerChrysler c. OHMI (Carcard)*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 1963 ss.; 27 febbraio 2002 in causa n. T-34/00, *Eurocool*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 683 ss.; 7 giugno 2001 in causa n. T-359/99, *DKV c. OHMI (EuroHealth)*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 1645 ss.; 5 aprile 2001 in causa n. T-87/00, *Bank für Arbeit und Wirtschaft c. OHMI (Easybank)*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 1259; 11 dicembre 2001 in causa n. T-138/00, *Erpo Möbelwerk c. OHMI*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 3739; 26 ottobre 2000 in causa n. T-345/99, *Harbinger c. OHMI (Trustedlink)*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3525 e in *Dir. ind.*, 2002, p. 19 ss.; 5 dicembre 2000 in causa n. T-32/00, *Messe München c. OHMI (Electronica)*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3829; 26 ottobre 2000 in causa n. T-360/99, *Community Concepts c. OHMI (Investworld)*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3545.

la Corte di giustizia⁴) ha veduto intensificarsi la propria attività con riferimento alle salienti questioni connesse alle domande di registrazione di marchi affrontando e dirimendo, seppur con esiti non sempre felici⁵, problematiche che di volta in volta, in considerazione delle peculiarità dei casi trattati, hanno consentito di specificare e precisare il contenuto e la portata degli artt. 7 e 8 del regolamento sul marchio comunitario n. 40/94⁶, nonché dei corrispondenti articoli della direttiva n. 89/104⁷ sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa.

Sulla scia di tale *trend* giurisprudenziale gli studiosi del settore hanno offerto numerosi contributi, arricchendo in tal senso il panorama dottrinario in argomento⁸.

⁴ Tra le sentenze più significative della Corte di giustizia v.: 19 settembre 2002 in causa n. C-104/00 P, *DKV c. OHMI (Companyline)*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7561; 20 settembre 2001 in causa n. C-383/99 P, *Procter & Gamble c. OHMI (Baby-dry)*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6251 ss.; 22 giugno 1999 in causa n. C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. C. Klijsen Handel BV (Lloyd)*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3819 ss.; 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108/97 e n. C-109/97, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) c. Boots - und Segelzubehör Walter Huber e Franz Attenberger (Windsurfing Chiemsee)*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2779 ss.; 29 settembre 1998 in causa n. C-39/97, *Canon Kabushiki Kaisha c. Metro-Goldwyn-Mayer (Canon)*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5507 ss.; 11 novembre 1997 in causa n. C-251/95, *Sabel BV/Puma AG (Sabel)*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6191 ss.

⁵ Il riferimento è, tra le altre, alla causa n. T-373/03, *Parmitalia*, in *Gu-Ue* n. C 21 del 24 gennaio 2004, p. 38 in relazione alla quale è stata emessa la sentenza pubblicata in *Raccolta*, 2005, II, p. 1881, nonché alla sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 15 giugno 2005 in causa n. T-7/04, oggetto del presente commento.

⁶ In *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss., come modificato con regolamento del Consiglio n. 422/2004 del 19 febbraio 2004, in *Gu-Ue* n. L 70 del 9 marzo 2004, p. 1 ss.

⁷ In *Gu-Ue* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1 ss.

Per un commento articolo per articolo di detta direttiva, v. A. VANZETTI, (commento alla) *Prima direttiva del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1989, p. 1428 ss.; tra gli altri, v. L. SORDELLI, *Significato e finalità delle direttiva CEE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi registrati n. 89/104*, in *Riv. dir. ind.*, 1989, p. 14 ss.; G. FLORIDIA, *La direttiva sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di marchi nella prospettiva del mercato unico europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, p. 349 ss.

⁸ V. tra gli altri, G. SENA, *Il giudizio di interferenza fra marchi*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, p. 37 ss.; M. FRANZOSI, *Sulla funzione del marchio e sul rischio di associazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, p. 279 ss.; F. BENUSSI, *Il principio della unità del marchio comunitario confermato dalla Corte di Giustizia*, in nota alla sentenza *Options*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 1225 ss.; F. ANGELINI, *La tutela dei marchi secondo la Corte di Giustizia*, in *Dir. ind.*, 2001, p. 130 ss.; G. DI PLINIO, *Sintagma "significativo" e marchio comunitario "debole": il Tribunale conferma il cambio di giurisprudenza in materia di impedimenti assoluti alla registrazione (aspettando la Corte di Giustizia ...)*, in nota alla sentenza *Easybank*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1506 ss.; P. DIMAN, *I "limiti" al carattere descrittivo di un marchio comunitario nella giurisprudenza del Tribunale di primo grado*, in nota alla sentenza *Universaltelefonbuch*, *ivi*, 2001, p. 1970 ss.; G. FLORIDIA, *Marchio comunitario e difetto di capacità distintiva*, in nota alle sentenze cc.dd. *Investworld* ed *Electronica*, *ivi*, 2001, p. 369 ss.; F. LUCIANI, *Il caso Baby-dry: una nuova interpretazione del marchio comunitario*, in nota alla sentenza *Baby-dry*, *ivi*, 2001, p. 1976 ss.; S. SANDRI, *Marchio comunitario e combinazioni di parole*, in *Dir. ind.*, 2001, p. 339 ss.; E. ZANOLINI, *Note alla giurisprudenza comunitaria in materia di marchi di impresa (Direttiva 89/104 Cee sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di marchio d'impresa e Regolamento 40/94 Ce sul marchio comunitario)*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, p. 375 ss.; P. DIMAN, *Un tentativo di razionalizzazione della giurisprudenza sul marchio comunitario: «descrittività» e mancanza di «distintività» come impedimenti assoluti alla registrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1235 ss.; P. MONTUSCHI, *Capacità distintiva e combinazione di parole comuni*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 19 ss., in nota alla sentenza *Trustedlink*; S.

Tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare che verosimilmente l'attenzione verso siffatte problematiche (il riferimento è in special modo alle questioni connesse alla comparazione visiva e fonetica tra segni in considerazione del disposto degli artt. 7 e 8 del regolamento n. 40/94 e 3 e 4 della direttiva n. 89/104 sopra richiamati), evidentemente pure da parte degli stessi organi deputati al controllo della conformità dei segni distintivi ai precetti dettati dal regolamento sul marchio comunitario, rischia di offuscare – come di fatto è avvenuto⁹ – l'attenzione nei confronti di altrettanto significativi aspetti che si celano dietro le spoglie della mera comparazione visiva e fonetica.

1. Il valore dell'indicazione geografica secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee

Nell'ambito del proprio giudizio, vagliate le oggettive differenze riscontrate all'esito di una attenta ponderazione tra i loghi in contestazione¹⁰, il Tribunale, conformemente al costante orientamento giurisprudenziale¹¹, si esprime

SANDRI, *Valutazione del momento percettivo del marchio*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, p. 526 ss.; E. SCHIANO, *Impedimenti assoluti alla registrazione: il Tribunale conferma il nuovo "trend" giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 810 ss., in nota alla sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 11 dicembre 2001 in causa n. T-138/00, *Erpo Möbelwerk GmbH c. Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (Das Prinzip der Bequemlichkeit)*; L. DI FRANCO, *I marchi d'impresa nell'interpretazione del giudice comunitario*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 721 ss.; S. SANDRI, *Parole di uso comune in una lingua dell'Unione e capacità distintiva*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 63 ss., in nota alla sentenza della Corte di giustizia *Companyline*; E. SCHIANO, *Carattere distintivo dei marchi comunitari ed impedimenti assoluti alla registrazione: considerazioni del Tribunale di primo grado*, in nota alla sentenza *Kit pro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 943 ss.; E. PEDILARCO, *Marchio comunitario: prevalenza del rischio di confusione nel pubblico rispetto alla capacità distintiva del marchio*, in nota alla sentenza *Happy Dog*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 1455 ss.; G. SENA, *Confondibilità fra segni e confondibilità fra prodotti o servizi nella giurisprudenza comunitaria: alcune considerazioni pertinenti e impertinenti*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 201 ss.; L. ANTONINI, *Marchi comunitari, similitudini apparenti e protezione del consumatore*, in nota alla sentenza *Emilio Pucci*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 876 ss.; L. A. SCIALLA, *I limiti alla registrazione di un marchio denominativo nel diritto comunitario*, in nota alla sentenza *Bioknowledge*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 897 ss.

⁹ Il riferimento è alla sentenza oggetto del presente commento.

¹⁰ V. i punti 47-54 della sentenza in commento.

Il Tribunale si premurava di sottolineare che il marchio richiesto era più specificamente un marchio complesso, composto da elementi verbali e figurativi, laddove invece il marchio anteriore era un marchio puramente verbale. E facendo leva proprio sul carattere complesso del marchio in contestazione, fondava le proprie argomentazioni considerando che: «un marchio complesso può essere considerato simile ad un altro marchio, identico o simile ad una delle componenti del marchio complesso, solo se tale componente costituisce l'elemento dominante nell'impressione complessiva prodotta dal marchio complesso».

E proseguiva specificando quando un elemento poteva dirsi dominante, vale a dire, per riprendere le parole del Tribunale medesimo, «quando tale componente può, da sola, dominare l'immagine di tale marchio che il pubblico pertinente conserva in memoria, in modo tale che tutte le altre componenti del marchio risultino trascurabili nell'impressione complessiva da questo prodotta». V. punto 50 della sentenza in commento.

¹¹ In proposito v. punto 23 della sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1997 in causa n. C-251/95, *Sabel BV/Puma*, cit. *supra*, nota 4, per la quale la: «(...) valutazione globale deve fondarsi, per quanto attiene alla somiglianza visuale, auditiva o concettuale (...), sull'impres-

meva in senso favorevole alla registrazione, tenendo conto anche del fatto che il consumatore medio¹² solo raramente ha la possibilità di procedere ad un confronto diretto dei vari marchi, dovendo piuttosto fare affidamento sull'immagine non perfetta che ne ha mantenuto nella memoria; il che sicuramente conferisce una importanza superiore all'elemento dominante del marchio stesso¹³: nel caso *de quo*, il piatto tondo ornato di limoni impresso sul marchio del limoncello prodotto in Campania, rivestiva maggiore rilevanza nell'analisi complessiva del segno¹⁴.

sione complessiva prodotta dai marchi, (...) Infatti, (...) la percezione dei marchi operata dal consumatore medio del tipo di prodotto o servizio (...) svolge un ruolo determinante nella valutazione globale del rischio di confusione. Orbene, il consumatore medio percepisce normalmente un marchio come un tutt'uno e non effettua un esame dei suoi singoli elementi».

V. pure, in questo senso, la sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 1998 in causa n. C-210/96, *Tusky*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4657, punto 31, in occasione della quale la Corte osservava che benché il consumatore fosse normalmente informato e ragionevolmente attento in relazione ai prodotti di volta in volta considerati, tuttavia la sua percezione del marchio è quella di un tutt'uno e non diviso in singoli elementi; specificava vieppiù che nell'ambito della valutazione globale del rischio di confusione, il consumatore mediamente diligente solo di rado ha la possibilità di procedere ad un confronto diretto dei vari marchi, dovendo invece fare affidamento sull'immagine non perfetta che ne ha mantenuto nella memoria; al di là poi del fatto che l'attenzione varia verosimilmente in relazione alla categoria di prodotti e di servizi che vengano di volta in volta in rilievo.

In dottrina v., tra gli altri, F. ANGELINI, *La tutela dei marchi*, cit. *supra*, nota 8, p. 136 ss.

¹² Nella sentenza *Eurocool*, cit. *supra*, nota 3, in ordine alla capacità distintiva del marchio, il Tribunale di primo grado, sottolineava che essa andava valutata non solo con specifico riferimento ai prodotti da contrassegnare, ma anche al modo in cui suddetta distintività veniva percepita dal fruitore finale del prodotto, il consumatore, il quale doveva essere messo nella condizione di rinnovare la scelta in relazione a quegli stessi prodotti nell'ipotesi in cui del primo acquisto avesse conservato una impressione positiva.

In dottrina, sulla relazione che intercorre tra un determinato marchio ed il consumatore v. S. SANDRI, *Valutazione del momento*, cit. *supra*, nota 8, p. 526 ss.

¹³ V. i punti 55-59 della sentenza in commento, ove, in occasione dell'analisi del marchio richiesto dalla Shaker, il Tribunale rifletteva sul fatto che siffatto marchio risultava composto da ben quattro elementi fondamentali: il primo, costituito dal termine «limoncello», «scritto in lettere bianche e in caratteri grandi»; il secondo, dall'espressione «della costiera amalfitana» scritto «in lettere gialle e in carattere più piccolo»; il terzo, dal termine «shaker» «riportato in caratteri blu più piccoli in un riquadro a fondo bianco», ove la lettera «K», nello specifico, indicava un bicchiere. L'ultimo elemento era dato dalla rappresentazione figurativa di un grande piatto tondo col centro bianco e il bordo ornato di limoni. A parte la rappresentazione realistica del piatto, la componente figurativa del marchio, si caratterizzava per i contrasti di colori.

Proseguiva ancora osservando in maniera più specifica che l'immagine del piatto tondo e il relativo ornamento costituito dai limoni ai bordi del medesimo, presentava «a causa delle sue qualità intrinseche, (...) un forte carattere distintivo rispetto alle altre componenti del marchio richiesto ed in particolare rispetto al termine "limoncello"» assumendo, per questa ragione, una posizione di rilievo «rispetto agli altri elementi del marchio richiesto». Ciò, aggiungeva il Tribunale, malgrado «la sua posizione leggermente decentrata», in quanto «la rappresentazione figurativa del piatto si colloca nei due terzi inferiori del marchio richiesto e copre l'essenziale di tale parte, mentre il termine "limoncello" copre solo una gran parte del terzo superiore del marchio richiesto»; sulla base di tali e tante osservazioni si risolveva nel senso che la rappresentazione del piatto tondo ornato di limoni andava considerata come la componente dominante del marchio richiesto.

In dottrina, circa la valutazione della confondibilità tra segni costituiti da più elementi, v. P. A. E. FRASSI, *Considerazioni sul giudizio di confondibilità fra segni composti da più elementi: esame sintetico o prospettiva analitica?*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 241 ss.

¹⁴ Il Tribunale pertanto accoglieva la domanda di registrazione del marchio «limoncello della costiera amalfitana» presentata dalla Shaker, concludendo con considerazioni di siffatto tenore: «La predominanza della componente figurativa costituita da un piatto tondo ornato di limoni nel marchio richiesto rende, nella fattispecie, la valutazione degli elementi distintivi del marchio anteriore privi di incidenza sull'applicazione dell'art. 8, n. 1 lett. b., del regolamento n. 40/94. Infatti,

A ben considerare, dato il prologo della questione¹⁵, era gioco-forza che il procedimento dinanzi al Tribunale ne rimanesse influenzato, concentrandosi su una analisi dettagliata della comparazione tra segni, ma trascurando malauguratamente proprio ciò che l'occhio di un interprete attento, stante il chiaro disposto degli artt. 7, n. 1, lett. c. e 64 ss. del regolamento n. 40/94, avrebbe dovuto rilevare; ed in tal modo assecondando una pericolosa tendenza già in precedenza denunciata, vale a dire l'*utilizzo indebito di un nome geografico come marchio di impresa*¹⁶.

Seguendo un approccio non troppo critico, il mancato accenno, da parte del Tribunale, all'impossibilità di registrare il marchio richiesto come semplice marchio d'impresa non dovrebbe, tutto sommato, sorprendere¹⁷ almeno per due ordini di ragioni: 1. secondo una certa impostazione dottrinale¹⁸, pure

se la rilevanza del carattere distintivo di un marchio verbale anteriore può influenzare la valutazione del rischio di confusione (...), questo criterio presuppone che vi sia, quantomeno, un certo rischio di confusione tra il marchio anteriore ed il marchio richiesto. Ora, dalla valutazione d'insieme del rischio di confusione tra i marchi di cui è causa risulta che la predominanza, nel marchio richiesto, di un piatto tondo ornato di limoni impedisce qualsiasi rischio di confusione con il marchio anteriore. Di conseguenza, non occorre più pronunciarsi sul carattere distintivo del marchio anteriore (...).» Così al punto 68 della sentenza in commento.

In dottrina, per talune interessanti riflessioni sul rischio di confusione, v. ancora P. A. E. FRASSI, *Considerazioni sul giudizio di confondibilità fra segni composti da più elementi*, cit. supra, nota 13; ed inoltre G. SENA, *Confondibilità tra segni e confondibilità fra prodotti o servizi nella giurisprudenza comunitaria*, cit. supra, nota 8, p. 201 ss.; sulla rilevanza della componente dominante del marchio richiesto, v. T. CASSATA, *Il disegno del simbolo della Costiera*, cit. supra, nota 1, p. 107 ss.

¹⁵ V. supra, nota 1.

¹⁶ L'espressione è di F. CAPELLI, *L'utilizzo indebito*, cit. supra, nota 2.

¹⁷ Benché, per vero, di sorpresa sia in effetti la reazione di un attento lettore, quando nell'ambito della ponderazione degli elementi del marchio richiesto lo stesso Tribunale, nell'analizzare i termini «della costiera amalfitana», pur nella consapevolezza dell'impiego di un nome geografico, volutamente paia ignorare, con argomentazioni (si ritiene) poco convincenti, l'importanza che esso assume all'interno del marchio, specie in considerazione della sua registrabilità in quanto tale, ed anzi si limiti a constatare che: «(...), a partire da una percezione visiva, (...) questo elemento è scritto in caratteri piccoli rispetto al termine "limoncello" ed è descrittivo dell'origine geografica del prodotto di cui trattasi. (...), questi termini sono di dimensioni nettamente inferiori e di colori meno contrastati rispetto alla rappresentazione figurativa del piatto tondo ornato di limoni. (...), senza che sia necessario analizzare le sue caratteristiche fonetiche o concettuali, questa componente non può essere ritenuta un elemento dominante del marchio richiesto, in considerazione, in particolare, delle sue piccole dimensioni». Così al punto 63 della sentenza in commento.

Il Tribunale sembra quindi dimenticare, da un lato, che si sono configurati casi in cui le sole somiglianze fonetiche, quindi auditive tra due marchi (nel caso in esame il riferimento è ai termini «limoncello» e «limonchelo»), sono state considerate idonee ad escludere la registrazione, e d'altro lato, il carattere più piccolo con cui viene indicata la provenienza geografica del prodotto nel marchio presentato dalla Shaker non vale ad eludere il divieto posto dall'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento sul marchio comunitario!

Del tutto incurante, il Tribunale, proseguiva anzi sottolineando che: «(...), nonostante l'identità dei prodotti di cui trattasi, il grado di somiglianza tra i marchi in questione non è sufficientemente elevato perché si possa ritenere che il pubblico spagnolo di riferimento possa credere che i prodotti di cui è causa provengano dalla stessa impresa o da imprese economicamente collegate. Pertanto, contrariamente a quanto ha ritenuto l'UAMI nella decisione impugnata, non esiste rischio di confusione tra tali marchi ai sensi dell'art. 8, n. 1, lett. b., del regolamento n. 40/94». V. punto 69 della sentenza in commento.

¹⁸ V. il riferimento della nota 37 nel commento di L. DI FRANCO, *I marchi d'impresa nell'interpretazione*, cit. supra, nota 8, p. 729.

confortata da taluna giurisprudenza¹⁹, rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c. i marchi di impresa costituiti «esclusivamente»²⁰ da un termine geografico; 2. l'organo giudicante è vincolato al pieno rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, in ragione del quale deve decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa²¹.

Ne consegue, da un lato, che i marchi composti²², per il fatto stesso di essere strutturati sulla base di più elementi, sembrerebbero esulare dall'ambito

¹⁹ Valga per tutte il riferimento al punto 23 (richiamato, *supra*, nella nota 11) della sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1997 in causa n. C-251/95, *Sabel BV c. Puma*, *cit. supra*, nota 4, ove si esprime il concetto per il quale i marchi composti, per il fatto di essere tali (la disposizione regolamentare sugli impedimenti assoluti sembrerebbe fare riferimento solo ai marchi costituiti unicamente da nomi geografici), non rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94 di cui in questa sede si discorre, dal momento che il punto di vista da tenere in considerazione dovrebbe essere quello dell'impressione d'insieme prodotta da un marchio.

²⁰ Espressione contenuta nell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94, *cit. supra*, nota 6, ma anche nell'art. 3, n. 3, lett. c. della direttiva n. 89/104, *cit. supra*, nota 7.

In dottrina, in argomento si veda L. SORDELLI, *Significato e finalità della Direttiva Cee sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri*, *cit. supra*, nota 7, p. 15 ss., spec. p. 24, ove l'autore precisa che la direttiva esclude le indicazioni composte esclusivamente dalla provenienza geografica, al fine di evitare che si crei una sorta di monopolio in relazione a quei nomi che possono essere utilizzati da tutti gli imprenditori del luogo. Sottolinea altresì che detta limitazione va intesa in due differenti maniere: da un lato è necessario che il marchio sia composto solo dal nome geografico, restando invece ammesso il marchio complesso, mentre dall'altro la norma si riferisce alle parole che possono servire in commercio a designare la provenienza geografica, restando così ammessi i nomi geografici usati come nomi di fantasia e quelli ancora sconosciuti.

A ben considerare il marchio «limoncello della costiera amalfitana», pur essendo un marchio composto da più elementi, rientra in questa seconda categoria, e non essendo, la costiera amalfitana, né un luogo di fantasia né un luogo sconosciuto per ciò che concerne la produzione del liquore al limone, dovrebbe andare soggetto allo sbarramento posto dal disposto dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94.

²¹ Sia la società Shaker che l'UAMI, di fatto, si fanno portatori di precise richieste riportate ai punti 14-16 della sentenza in commento: in particolare la società produttrice del liquore al limone chiedeva l'annullamento e/o la riforma della decisione impugnata respingendo al contempo l'opposizione e di conseguenza convalidando la registrazione del marchio presentato dalla stessa, condannando altresì l'Ufficio di Alicante alle spese; per contro, l'UAMI, chiedeva che il ricorso stesso venisse respinto con condanna della ricorrente alle spese. All'udienza inoltre la Shaker puntualizzava che nel domandare di «annullare la decisione impugnata e/o di riformarla», essa mirava in realtà sia all'annullamento sia alla riforma della decisione medesima.

²² Il carattere composto del marchio richiesto dalla Shaker non vale tuttavia ad escludere con criterio di certezza la possibilità che si realizzi una confusione in concreto con il marchio verbale anteriore.

Positive riflessioni in tal senso emergono nella sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 25 maggio 2005 in causa n. T-352/02, *w work pro*, *cit. supra*, nota 3, che per il fatto di effettuare, per l'appunto, una comparazione tra un segno misto e uno verbale, offre importanti spunti di riflessione per il caso *limoncello* che in questa sede si esamina.

Si riportano brevemente taluni punti significativi della pronuncia da leggere unitamente a quelli corrispondenti nel contenuto, della sentenza in commento. Si richiama, in tal senso, la descrizione del marchio «limoncello della costiera amalfitana» di cui alla nota 13 del presente commento, e si osservi come da opportune ed analoghe premesse di ordine descrittivo si giunga poi a differenti conclusioni sotto profilo giuridico.

Al punto 32 della sentenza *w work pro* si legge: «Nella specie, il marchio anteriore consiste in un segno misto, figurativo e denominativo, composto da tre elementi disposti verticalmente di cui il primo è costituito da un segno che riproduce un disco nero in cui è iscritta una «w» maiuscola, di colore bianco, il secondo consiste nella parola «work» in lettere maiuscole di colore nero, ed il terzo consiste in un rettangolo nero in cui sono iscritte tre piccole lettere maiuscole di colore bianco, spaziate, che formano la parola «pro». Il marchio richiesto è costituito dall'elemento verbale «pc works».

Al punto 33, affrontando in maniera più puntuale la questione del raffronto tra i marchi in contestazione, il Tribunale sottolineava che: «sul piano visivo (...)» aveva «già avuto modo di precisare che

di applicazione dell'art. 7, n. 1, lett. c., dal momento che il punto di vista di cui si dovrebbe tener conto è quello dell'impressione d'insieme; in tal modo gli stessi elementi costitutivi non andrebbero considerati isolatamente.

Dall'altro discende che, in mancanza di una apposita eccezione sollevata da taluna delle parti in causa (quella ovviamente interessata a farla valere) nel senso della impossibilità assoluta (ex art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94) di effettuare la registrazione²³, ben al di là si intende da qualsivoglia considerazione di mero ordine comparatistico²⁴, il Tribunale non avrebbe potuto esprimersi in merito.

nulla osta (-va-) a che ven (-isse-) verificata l'esistenza di una somiglianza visiva tra un marchio denominativo ed uno figurativo, atteso che questi due tipi di marchi presenta (-va-)no una configurazione grafica che p (-oteva-) dar luogo ad un'impressione visiva». Si richiama in proposito la sentenza del Tribunale di primo grado della Comunità europee del 12 dicembre 2002 in causa n. T-110/01, *Hubert*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 5275, punto 51.

Ma ancora più significativi ai fini del presente commento, nel senso della confondibilità tra un segno semplicemente denominativo ed uno composto da più elementi, denominativi e figurativi, sono i rilievi effettuati dal Tribunale ai punti 44 ss. della sentenza *w work pro*, quando si esprimeva nel senso che: «nel caso di un marchio complesso, denominativo e figurativo, le componenti denominative sono al tempo stesso componenti figurative che, per effetto delle loro particolarità grafiche, sono idonee a produrre un impatto visivo più o meno accentuato. Così, nel caso in cui un segno di tal genere sia composto da più elementi denominativi, non è escluso che taluni di essi siano idonei, ad esempio in considerazione delle loro dimensioni, del colore o della loro posizione, ad attirare maggiormente l'attenzione del consumatore, di modo che quest'ultimo, dovendo indicare oralmente il segno, sarà indotto a pronunciare unicamente tali componenti trascurando le altre. L'impressione visiva indotta dalle particolarità grafiche delle componenti denominative di un segno complesso può quindi influenzare la rappresentazione sonora del segno stesso».

Una affermazione siffatta potrebbe, verosimilmente, essere valevole anche nel caso in commento, in cui la rappresentazione grafica del piatto tondo ornato di limoni potrebbe con buona approssimazione essere associata, dal pubblico di riferimento sia al prodotto italiano "limoncello" sia a quello spagnolo "limonchelo", considerato che il consumatore medio solo raramente ha la possibilità di procedere ad un confronto diretto dei vari marchi, dovendo fare piuttosto affidamento sull'immagine non perfetta che ne ha conservato nella memoria. Con la confusione tra i due loghi che in concreto verrebbe a crearsi!

²³ L'UAMI, come già precisato, limita la propria richiesta al rigetto della pretesa della società ricorrente.

²⁴ Al contrario, il convenuto si limitava a ritenere, in sede di opposizione alla domanda di registrazione, che la decisione della Commissione di ricorso fosse fondata. Precisamente sosteneva: «che la commissione di ricorso a (-vesse-) correttamente individuato nel termine "limoncello" la parte dominante del marchio richiesto. Tale termine, (...), è (-ra-) l'elemento che identifica (-va-) e caratterizza (-va-) tale marchio agli occhi del consumatore medio spagnolo, che, nella fattispecie, rappresenta (-va-) il pubblico di riferimento. (...)

Il termine "limoncello", del marchio richiesto, e il termine "limonchelo", del marchio anteriore, po (-teva-) no apparire quasi identici sul piano visivo e fonetico nella percezione del consumatore medio spagnolo. Entrambi risulta (-va-) no composti di dieci lettere, ben nove delle quali (...) coincidenti, mentre differi (-va-) no per le sole lettere "l" e "h", che, in quanto posizionate all'interno dei due vocaboli, avrebbero (-avuto-) un impatto differenziale limitato. (...) il fatto che la pronuncia spagnola del marchio anteriore "Limonchelo" coincid (-esse-) quasi perfettamente con la pronuncia propria del termine italiano "limoncello" comporta (-va-) una forte analogia dal punto di vista auditivo». V. punti 33 e 34 della sentenza in commento.

Certo nel caso di specie si potrebbe facilmente obiettare che il termine "limoncello" è privo di qualsiasi carattere distintivo, come pure il suo corrispondente in lingua spagnola, e per di più, essendo descrittivo della natura e della qualità del prodotto -liquore al gusto di limone- dovrebbe essere lasciato alla libera disponibilità di qualunque impresa volesse avvalersene! Inoltre l'elemento verbale differenziale rilevante tra il prodotto spagnolo e quello italiano è dato dall'indicazione di provenienza geografica in quest'ultimo contenuta e che allo stesso modo non dovrebbe poter essere utilizzata in via esclusiva da una singola impresa!

Ma al di là di questo, il richiamo del passo sopra riportato valga al solo fine di dimostrare che nessuna delle parti interessate (si intende ovviamente quelle che ben avrebbero potuto lamentare la

Siffatti rilievi non sono insuperabili.

In ordine al punto *sub I.*, per ciò che concerne le indicazioni geografiche, pressanti considerazioni ispirate alla tutela dell'interesse generale, impongono di lasciarne libera la disponibilità sia per la loro capacità di comunicare la qualità e le altre caratteristiche delle diverse categorie di prodotti provenienti da una certa zona, sia per la loro idoneità ad esercitare una considerevole influenza sui consumatori al momento di procedere all'acquisto, qualora a quella zona siano collegate caratteristiche di segno positivo²⁵.

Nel caso *de quo*, l'UAMI rilevava infatti che «(...) Sorrento e la zona limitrofa godono di una reputazione in relazione allo specifico prodotto e che pertanto l'origine dello stesso è determinante per la scelta del consumatore»²⁶.

Pare doveroso considerare, inoltre, che il divieto di registrare, in qualità di marchi, i nomi geografici trova giustificazione non solo con riferimento a quei luoghi che negli ambienti interessati presentino un qualche legame con la categoria di prodotti ai quali la registrazione stessa si riferisce²⁷, ma anche con

sussistenza dell'impedimento assoluto alla registrazione: UAMI e Limiñana) nel presente procedimento, in nessuna fase di esso, si è premurata di rilevare la violazione dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento sul marchio comunitario. Violazione che di fatto avrebbe impedito alla Shaker di ottenere la registrazione del marchio proposto «limoncello della costiera amalfitana», ovvero di ottenerla con le opportune modifiche!

²⁵ Ed è proprio in questi termini che si esprimeva la Corte di giustizia nella sentenza del 4 maggio 1999 in cause riunite n. C-108/97 e n. 109/97, *Windsurfing Chiemsee*, cit. *supra*, nota 4, punto 26.

²⁶ V. punto 5 della sentenza in commento.

Proprio in considerazione di siffatta consapevolezza, v. E. SCOCCINI, *La contraffazione delle denominazioni tipiche agroalimentari*, cit. *supra*, nota 1, p. 96, il quale si interroga sul come la divisione di opposizione dell'UAMI, stante il disposto dell'art. 7, lett. g. del regolamento sul marchio comunitario, abbia potuto consentire, nel lontano 1996, la registrazione del marchio "limonchelo" richiesto dalla ditta spagnola: trattandosi di marchio descrittivo di un prodotto tipico per di più di una precisa area geografica, avrebbe potuto indurre in errore il consumatore medio spagnolo e comunitario sulla sua effettiva provenienza.

Si ritiene, a nostro avviso, che la risposta sia da rinvenirsi semplicemente nel fatto che nessun interessato all'epoca propose opposizione a tale richiesta di registrazione, e rilievo non meno importante, il marchio spagnolo non è accompagnato da alcuna indicazione di provenienza (che evidentemente sarebbe stata una località spagnola e non italiana): il che significa altresì che, data la notorietà del limoncello tipico della Costiera Amalfitana – e non del "limonchelo" spagnolo – il marchio della Limiñana y Botella non sarebbe stato concretamente idoneo ad ingannare il pubblico di riferimento. Inoltre, il noto liquore "limoncello" non presenta alcuna forma di tutela quale «Denominazione di origine protetta» o «Indicazione geografica protetta» o ancora attestazione di specificità, come del resto si premura di precisare l'autore sopra richiamato (SCOCCINI).

²⁷ Illuminanti in tal senso sono le conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas nel caso *Windsurfing Chiemsee*, cit. *supra*, nota 4, ove al punto 45, sottolineava che: «(...) nel diritto comunitario, e soprattutto nel campo dei segni distintivi, tra i quali figurano i marchi d'impresa, la nozione di «indicazione di provenienza geografica» è una nozione giuridica precisa e riguarda il nesso causale, diretto e necessario, tra un prodotto e il luogo da cui proviene. Tale nesso causale risulta dal fatto che il prodotto possiede certe particolarità, caratteristiche o qualità che sono legate alla sua origine. Queste specifiche caratteristiche possono risultare da fattori naturali (...), dal metodo di fabbricazione o dal trattamento del prodotto (...) o da fattori umani (...). Quando i prodotti in questione sono ampiamente conosciuti, anche il luogo in cui sono fabbricati acquista una reputazione, cosicché, nel tempo, negli ambienti interessati la menzione del luogo rinvia al prodotto o al tipo di prodotto che vi è fabbricato (...). Inoltre, se il nesso causale sopra descritto tra il luogo e il prodotto è consolidato, il nome del luogo diventa bene comune dei produttori stabiliti nella regione, cosa che conferisce loro il diritto esclusivo di utilizzare questo nome. Di regola, questo diritto è riconosciuto a livello nazionale ed è anche tutelato a livello comunitario».

riguardo a quelli che potrebbero, in un futuro più o meno prossimo, presentare verosimilmente tale collegamento²⁸. Si renderà allora opportuna, da parte degli organismi competenti, una valutazione prognostica, in termini di ragionevolezza, sulla possibilità di detta previsione tenendo conto di vari fattori: alcuni di carattere più tipicamente soggettivo (grado di conoscenza che gli ambienti interessati hanno del nome geografico in questione), altri di carattere oggettivo (caratteristiche ambientali della località).

Inoltre, ai sensi dell'art. 7, n. 3 del regolamento n. 40/94 (e del corrispondente art. 3, n. 3 della direttiva n. 89/104), un segno è potenzialmente idoneo ad essere registrato come marchio laddove in virtù dell'uso che se ne sia fatto, abbia assunto un carattere distintivo che prima non aveva (c.d. *secondary meaning*), acquisendo per ciò stesso l'attitudine a distinguere i prodotti di una impresa da quelli di altre imprese secondo la funzione che gli è propria.

Il che, con specifico riferimento alla denominazione geografica, implica che la stessa deve essere tale da evocare nell'immaginario del consumatore finale un significato che trascenda quello relativo al luogo di provenienza dei beni su cui è apposta.

A ben considerare, nel caso che in questa sede si esamina, l'indicazione geografica «della costiera amalfitana» non ha assunto, a quanto risulta, e nessuna prova la società Shaker ha fornito in proposito, alcun significato ulteriore rispetto a quello originario.

In ordine al punto *sub 2.*, a onor del vero, nell'ambito della sua *potestas decidendi*, l'organo giudicante è libero non solo di procedere alla esatta configurazione della natura di una determinata azione ponendo a fondamento della propria pronuncia osservazioni di diritto diverse da quelle prospettate caso per caso dalle parti in causa, ma anche di rilevare, prescindendo in questo senso dall'iniziativa degli stessi interessati, l'eventuale mancanza di quegli elementi idonei a caratterizzare l'efficacia di una data pretesa, sia che provenga dalla parte ricorrente, sia che provenga da quella resistente: si sa, *iura novit curia!* In buona sostanza il Tribunale, fermo restando l'obbligo di pronunciarsi su quanto richiesto, ha la possibilità di integrare con proprie argomentazioni, le richieste di parte.

Nell'esercizio di tale potere, pertanto, il Tribunale di primo grado delle Comunità europee, nel caso in questione, avrebbe ben potuto accogliere la domanda dell'UAMI di rigettare il ricorso presentato dalla Shaker, ma non in

²⁸ La Corte di giustizia, nella sentenza *Windsurfing Chiemsee*, cit. *supra*, nota 4, spec. ai punti 29 e 31, precisava ulteriormente che il divieto di utilizzare, da parte di singole imprese, nomi geografici in quanto marchi, non operava (e non opera) soltanto nell'ipotesi che essi facessero (e facciano) riferimento a luoghi geografici rinomati per la categoria di prodotti interessata.

Anzi, «l'autorità competente d'(-oveva-) valutare se un nome geografico per il quale v (-enisse-) richiesta la registrazione in quanto marchio indic (-asse-) un luogo che presenta (-va-) attualmente, agli occhi degli ambienti commerciali interessati, un nesso con la categoria di prodotti (...) o se (-fosse-) ragionevole presumere che, in futuro, un nesso del genere po (-tesse-) stabilirsi».

quanto avesse ritenuto effettivamente sussistente un rischio di confusione tra i marchi in contestazione (che pur potrebbe in concreto realizzarsi), quanto piuttosto per la mancanza, nel marchio richiesto dalla Shaker, dei requisiti idonei a supportarne la valida registrazione stante l'indicazione di provenienza geografica in esso indebitamente contenuta. In questo modo, si crede, si sarebbe comunque rispettato il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, vale a dire: rigetto del ricorso della ricorrente, motivandolo tuttavia sulla base di più pregnanti e corrette osservazioni di diritto, (essendo preciso onere dell'organo giudicante applicare con precisione la legge), e si sarebbe evitata altresì la macroscopica violazione delle disposizioni regolamentari inerenti ai requisiti di registrabilità dei segni distintivi che invece la sentenza in commento è venuta a creare! Oppure, allo stesso modo, il Tribunale medesimo avrebbe potuto optare per l'accoglimento del ricorso, riformando la decisione impugnata (come del resto richiesto nell'atto introduttivo!) nel senso però della eliminazione dell'impedimento assoluto alla registrazione adottando gli opportuni correttivi al marchio *de quo*.

Così evidentemente non è stato: la sentenza emessa dal Tribunale di primo grado in causa n. T-7/04 dovrebbe essere pertanto annullata, stante il grave pregiudizio in ambito commerciale che la registrazione del marchio richiesto dalla Shaker arreca alle imprese concorrenti!

Tali riflessioni, tuttavia, non valgono ad escludere il fatto che l'errore sia stato commesso a monte, essendo anzitutto onere dell'UAMI, al momento della presentazione della domanda, rilevare d'ufficio l'impossibilità assoluta di registrare, per l'appunto, il marchio «limoncello della costiera amalfitana» come semplice marchio d'impresa, in considerazione del dettato dell'art. 7, n. 1, lett. *c.* del regolamento sul marchio comunitario n. 40/94, per il quale: «Sono esclusi dalla registrazione: *a.* (...); *b.* (...); *c.* i marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire, per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio; (...)»²⁹.

A ciò si aggiunga che l'art. 38³⁰ del regolamento n. 40/94, concernente le modalità attraverso le quali deve effettuarsi l'esame degli impedimenti assoluti testè richiamati, al terzo comma, *expressis verbis*, impone all'UAMI di optare per il rigetto della domanda di registrazione solo dopo aver accertato che al richiedente sia stata data l'opportunità di ritirarla, modificarla o di presentare le sue osservazioni.

²⁹ *Cit. supra*, nota 6.

³⁰ *Ivi cit.*

Sotto il profilo formale, l'Ufficio di Alicante, in ottemperanza al disposto della norma richiamata, all'atto della presentazione della domanda di registrazione, invitava la società richiedente a ridurre l'elenco dei prodotti della classe 33 al «liquore al limone proveniente dalla costiera amalfitana» «dato che il marchio sarebbe (-stato-) ingannevole qualora il liquore in questione avesse (-avuto-) un'origine diversa, tenuto conto del fatto che Sorrento e la zona limitrofa godono di una reputazione in relazione allo specifico prodotto e che pertanto l'origine dello stesso è determinante per la scelta del consumatore»³¹.

Paradossalmente dunque l'UAMI, pur essendo perfettamente consapevole (almeno così sembra emergere dal tenore dell'invito rivolto alla Shaker!) del significato e della *ratio* di un disposto quale quello dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94 sopra richiamato, per il quale, *repetita iuvant*, non possono essere in alcun modo registrati quei marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che nel commercio valgono a designare, tra l'altro, la provenienza geografica di un dato prodotto, nonché l'importanza che la suddetta indicazione assume proprio nel caso del marchio in contestazione, tuttavia non si preoccupa minimamente di rilevarne l'indebito uso, ma anzi, sorprendentemente, lo pone a sostegno del proprio invito espresso con lettera del 23 novembre 1999 sottolineando, per giunta, il carattere rilevante di tale indicazione di provenienza del prodotto.

Nessuna contestazione invece in ordine al fatto che il marchio «limoncello della costiera amalfitana» non avrebbe mai potuto assurgere alla dignità di marchio comunitario di impresa individuale, ma, al più, unicamente di marchio collettivo³².

Al limite, in considerazione del disposto del secondo comma dell'art. 38 sopra richiamato, (l'UAMI) avrebbe potuto pretendere dalla Shaker una dichiarazione mediante la quale (la società interessata) assumesse l'impegno a non invocare diritti esclusivi su quello specifico elemento del marchio (nel caso di specie, appunto, l'indicazione «della costiera amalfitana») che risultasse descrittivo della provenienza geografica del prodotto. Dichiarazione da pubblicarsi unitamente alla domanda, oppure in sede di registrazione del marchio stesso.

Tuttavia, sembra opportuno precisare che, nel caso in esame, neppure una tal dichiarazione sarebbe servita a sanare l'impossibilità, stante il carattere assoluto della medesima e stante le specifiche disposizioni concernenti la registrazione del marchio collettivo³³ in deroga all'art. 7 del regolamento n. 40/94

³¹ V. punto 5 della sentenza in commento.

³² Si veda in proposito il riferimento contenuto *supra*, nella nota 2.

³³ L'art. 64 del regolamento sul marchio comunitario n. 40/94, prevede espressamente, al secondo comma: «In deroga all'art. 7, par. 1, lett. c., possono costituire marchi comunitari collettivi, ai sensi del par. 1, segni o indicazioni che, in commercio, possono servire a designare la provenienza geografica dei prodotti o dei servizi (...)», *cit. supra*, nota 6.

più volte richiamato³⁴.

Ad avvalorare tali riflessioni, laddove ce ne fosse bisogno, potrebbe essere utile richiamare una sentenza recentissima, precisamente quella emessa dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee il 25 ottobre 2005³⁵, ove

³⁴ In senso critico in merito alla decisione assunta dal Tribunale di primo grado nel caso in commento, sia pure sotto differenti angoli visuali, v. G. LEUZZI, *Il limoncello conteso tra una società italiana ed una spagnola: rischio di confusione tra marchi*, cit. supra, nota 1; E. SCOCCINI, *La contraffazione delle denominazioni tipiche agroalimentari*, cit. supra, nota 1.

Il primo giustifica la singolarità della decisione ricercando in essa un significato extragiuridico e patriottico, sottolineando che probabilmente è apparso piuttosto ingiusto negare protezione a livello europeo al limoncello della società italiana, ed ancor di più in considerazione della appropriazione dello stesso termine tipico da parte della società spagnola.

Significato patriottico della decisione, osserva tuttavia l'autrice del presente commento, che se per un verso rende giustizia, sul piano soprannazionale, alla tipicità del prodotto, dall'altra e paradossalmente, finisce con il creare una fortissima ed insanabile iniquità sul piano nazionale nei confronti di tutte quelle società che al pari della Shaker avrebbero ben diritto di fregiarsi della stessa indicazione di provenienza geografica (Costiera Amalfitana), non potendo essa essere conferita in via esclusiva ad una sola di esse, stante le specifiche disposizioni regolamentari in argomento poste a fondamento del presente commento.

Il secondo (SCOCCINI) si sofferma sulla illegittimità della registrazione di un marchio che riproduce la denominazione di un prodotto tipico nazionale, anche se, in quanto tale, privo di qualsivoglia tutela come denominazione di origine protetta o indicazione geografica protetta o attestazione di specificità.

Doveroso sottolineare (è nuovamente l'autrice del presente commento a offrire le proprie riflessioni) che i vari punti di vista espressi in ordine alla decisione assunta dal Tribunale di primo grado nel caso *de quo* sono indubbiamente indicativi della singolarità del profilo argomentativo seguito per giungere alla affermazione di registrabilità del marchio «limoncello della costiera amalfitana»; si ritiene che con tutta probabilità – ma non per questo ponendoci in un atteggiamento di condivisione – la scelta di individuare quale elemento dominante del marchio richiesto proprio la componente figurativa (piatto tondo ornato di limoni) abbia costituito una scelta tecnica mirata al solo scopo di attribuire una parvenza di legittimità a ciò che legittimo non poteva essere in considerazione di tutte le osservazioni proposte nel presente commento: in specie indicazione di provenienza geografica lasciata alla disponibilità di una singola impresa, ed ancora carattere descrittivo del segno.

³⁵ In causa n. T-379/03, *Peek & Cloppenburg c. OHMI (Cloppenburg)*, inedita in *Raccolta*. Vedila in <http://curia.eu.int/> precisando altresì che il contenuto e i passi in prosieguo riportati sono utilizzati secondo quanto disposto dal relativo avviso sul Copyright in http://oami.eu.int/gein/copyright_it.htm.

Questi, sommariamente, i fatti all'origine della controversia: il 24 ottobre 2000, la Peek & Cloppenburg KG, con sede in Dusseldorf, presentava domanda di marchio comunitario all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno, in forza del regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario, come modificato. Il marchio di cui veniva richiesta la registrazione era il segno denominativo «Cloppenburg»: nella specie la registrazione veniva richiesta per i servizi di un commercio al minuto, appartenenti alla classe 35 dell'Accordo di Nizza del 15 giugno 1957, relativo alla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi. Con decisione del 20 dicembre 2001, la commissione esaminatrice dell'UAMI respingeva la domanda di registrazione sulla base del disposto dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94. Il 25 gennaio la Peek proponeva un ricorso contro siffatta decisione a norma degli artt. 57-59 del regolamento medesimo.

Con decisione del 27 agosto 2003, la quarta commissione di ricorso dell'UAMI respingeva il ricorso suddetto: sosteneva che la parola «Cloppenburg» designava una città tedesca della Bassa Sassonia, e che nel Landkreis Cloppenburg, circoscrizione territoriale cui detta città aveva dato il suo nome vivevano, nel 2002, più di 152.000 abitanti. La Commissione di ricorso osservava inoltre che in tedesco, la terminazione «burg», che in lingua italiana significa castello, veniva considerata come una indicazione di luogo, che le città e le regioni delle dimensioni di Cloppenburg erano regolarmente citate nei bollettini meteorologici diffusi sull'intero territorio tedesco e che indicazioni in tal senso figuravano nei cartelli autostradali.

Considerava ancora che il termine «Cloppenburg» designava il sito del prestatore dei servizi e, in buona sostanza, il luogo in cui i servizi di un commercio al minuto erano stati concepiti e a partire dal quale venivano forniti. In ultima analisi, la Commissione di ricorso ne deduceva che il con-

emerge, seppur sotto un differente angolo visuale, da un lato, la rilevanza che una indicazione geografica inserita in un certo marchio di impresa può assumere dal punto di vista del consumatore finale, e, dall'altro, l'atteggiamento di maggior prudenza tenuto dall'Ufficio di Alicante nella valutazione di detta indicazione. Atteggiamento di prudenza che sarebbe stato davvero auspicabile anche nell'analisi del caso in commento!

Nel caso più recente, a sostegno del ricorso la società interessata, la Peek & Cloppenburg, deduceva la violazione dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94; osservava che il termine «Cloppenburg», impiegato per contrassegnare i prodotti di un commercio al minuto, oltre ad indicare una cittadina della Bassa Sassonia, era un cognome assai frequente in Germania, e che i cognomi, proprio perché tali, presentavano un intrinseco carattere distintivo.

Puntualizzava altresì che un certo segno denominativo poteva essere escluso dalla registrazione qualora, in almeno uno dei suoi possibili significati, designasse una qualche caratteristica dei prodotti interessati: se, invece, in ambito commerciale il significato principale era altro da una indicazione di luogo geografico, la registrazione non poteva essere negata.

Osservava ancora la società ricorrente che in lingua tedesca le indicazioni geografiche sono normalmente accompagnate da espressioni o da terminazioni quali «aus Cloppenburg» o «Cloppenburg er», e che l'UAMI non aveva dato prova del fatto che il pubblico di riferimento associava o avrebbe associato la denominazione in oggetto ai servizi di vendita al minuto, né che tale nesso sarebbe stato passibile di essere preso in considerazione nel futuro.

L'UAMI, da parte sua, riconosceva la fondatezza del ricorso senza, per ciò stesso, esprimersi nel senso del rigetto; si rimetteva dunque al prudente apprezzamento del Tribunale.

Ed è proprio il giudizio espresso dal Tribunale di primo grado, unitamente al cauto e significativo atteggiamento dell'Ufficio, a confortare le osservazioni che ispirano il commento in ordine al caso c.d. *limoncello*.

In buona sostanza, richiamando i contenuti salienti della pronuncia relativa al caso *Cloppenburg*, l'organo giudicante, stavolta, ponendosi nel solco della precedente e più significativa giurisprudenza³⁶, si esprime nel senso che ai fini del concreto operare dell'impedimento alla registrazione di un marchio comunitario secondo il disposto dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94, dovevasi tener conto della contestuale sussistenza ed operatività di tut-

sumatore finale tedesco avrebbe percepito il termine «Cloppenburg» come una indicazione di provenienza geografica.

Con atto introduttivo depositato in cancelleria il 17 novembre 2003, la ricorrente presentava ricorso innanzi al Tribunale di primo grado chiedendo l'annullamento della decisione impugnata e la condanna dell'UAMI alle spese. A sua volta l'UAMI depositava una memoria di risposta rimettendosi al prudente apprezzamento del Tribunale.

³⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Windsurfing Chiemsee*, cit. *supra*, nota 4.

ta una serie di circostanze pertinenti: la natura dei prodotti o dei servizi, il margine di considerazione nello specifico settore economico coinvolto, il luogo geografico e la conoscenza più o meno ampia che ne ha il pubblico interessato. Precisamente, a tale ultimo riguardo, dovevasi tener conto della determinazione della misura in cui la provenienza geografica dei vari prodotti o servizi considerati potesse incidere nella valutazione delle peculiarità di quegli stessi prodotti e delle loro qualità³⁷.

Ne ha dedotto pertanto, senza ulteriori sforzi interpretativi, che una indicazione geografica poteva essere utilizzata come componente di un segno distintivo solo ed unicamente laddove i prodotti che essa sarebbe andata a contrassegnare non fossero tipici della zona interessata e la stessa non godesse di una reputazione in tal senso nel mercato di riferimento³⁸.

Tutti elementi, si sottolinea, che in occasione della sentenza pronunciata in relazione al caso *limoncello* si è evitato accuratamente di trattare con la debita considerazione.

³⁷ Nel caso di specie, secondo il Tribunale, la registrazione del marchio denominativo «Clop-penburg», nome di una cittadina tedesca della Bassa Sassonia, per i servizi di un commercio al minuto, non poteva essere impedita per il solo fatto che il pubblico pertinente conosceva la città menzionata. Osservava il Tribunale medesimo a riguardo: «la commissione di ricorso non ha evidenziato alcuna categoria di prodotti o servizi per la quale tale città possieda una reputazione come luogo di produzione o di prestazione di servizi. Inoltre, la commissione di ricorso non ha provato che sia consueto, nel commercio, indicare la provenienza geografica dei servizi di un commercio al minuto»; ed ancora, «(...) la provenienza geografica di tali servizi non è, di regola, considerata pertinente nella valutazione della loro qualità o delle loro caratteristiche». V. punto 50 della sentenza *Cloppenburg*.

³⁸ Osservava il Tribunale: «L'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 persegue una finalità d'interesse generale, la quale impone che i segni o le indicazioni descrittivi delle categorie di prodotti o di servizi per i quali si chiede la registrazione possano essere liberamente utilizzati da tutti. Tale disposizione osta quindi a che siffatti segni o indicazioni siano riservati a una sola impresa in forza della loro registrazione come marchio (...)». V. punto 32 della sentenza *Cloppenburg*.

Al punto 33 specificava poi che: «Per quanto riguarda, più particolarmente, i segni o le indicazioni atti a designare la provenienza geografica delle categorie di prodotti per le quali si chiede la registrazione del marchio, in particolare i nomi geografici, vi è un interesse generale a preservarne la disponibilità, segnatamente per la loro capacità non solo di rivelare eventualmente la qualità e altre proprietà delle categorie di prodotti o servizi interessate, bensì anche di influenzare diversamente le preferenze dei consumatori, ad esempio associando i prodotti o servizi a un luogo che può suscitare sentimenti positivi (...)».

Al punto 35, infatti, sottolineava che: «(...) il legislatore comunitario, in deroga all'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento, ha fatto salva la possibilità di registrare segni che possono servire a designare la provenienza geografica quando si tratti di marchi collettivi, conformemente all'art. 64, n. 2, del detto regolamento nonché, per determinati prodotti, allorché ricorrono le condizioni necessarie, in quanto indicazioni geografiche o denominazioni d'origine protette (...)».

Ed ancora, con osservazione ancora più interessante ai fini del presente commento, al punto 36, precisava che: «(...) in via di principio, l'art. 7, n. 1, lett. c., del regolamento n. 40/94 non osta alla registrazione dei nomi geografici ignoti negli ambienti interessati o, quantomeno, sconosciuti in quanto designazione di un luogo geografico, né dei nomi per i quali, date le caratteristiche del luogo designato, non è verosimile che gli ambienti interessati possano ritenere che la categoria di prodotti o di servizi di cui trattasi provenga da tale luogo o che essa vi sia concepita (...)».

2. Considerazioni conclusive

In conclusione, a parere di chi scrive, la valutazione operata dal Tribunale e, prima ancora, dall'UAMI in ordine alla registrabilità, come semplice marchio di impresa, dell'espressione «limoncello della costiera amalfitana» non può essere condivisa, stante il rigoroso disposto dell'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94, derogabile unicamente nell'ipotesi prevista dall'art. 64, n. 2, relativo ai marchi collettivi.

Neppure la considerazione del carattere complesso (sottolineato dal Tribunale) del marchio richiesto dalla Shaker, vale a riservare l'impiego di un'indicazione di provenienza geografica ad una singola impresa, quando più pregnanti considerazioni di interesse generale impongono di lasciarne l'uso alla libera disponibilità di tutte le imprese. Neppure il carattere complesso del marchio richiesto vale, per le osservazioni effettuate³⁹, ad escludere un rischio di confusione in concreto con il marchio denominativo anteriore, in considerazione della ritenuta predominanza del disegno relativo al piatto tondo ornato di limoni⁴⁰, dal momento che essendo il segno verbale in tutto simile in entrambe i marchi, e data l'identità del prodotto che essi contrassegnano, appare del tutto verosimile che sul piano pratico – essendo la rappresentazione grafica di un marchio la trasposizione sul piano visivo del concetto espresso dal segno verbale medesimo⁴¹ – i consumatori, non potendo procedere ad un raffronto diretto fra i vari marchi, ma dovendo fare affidamento sull'immagine non perfetta che ne hanno mantenuto nella memoria, sono di fatto indotti in confusione⁴².

³⁹ V. la sentenza *Hubert*, cit. supra, nota 22, punto 51 e la sentenza *w work pro*, cit. supra, nota 3, punti 44 ss.

⁴⁰ Contrariamente dunque a quanto asserito dal Tribunale di primo grado, nel momento in cui osservava che: «(...) dalla valutazione d'insieme del rischio di confusione tra i marchi di cui è causa risulta che la predominanza, nel marchio richiesto, di un piatto tondo ornato di limoni impedisce qualsiasi rischio di confusione con il marchio anteriore». Così al punto 68 della sentenza in commento.

⁴¹ V. in questo senso sentenza *w work pro*, cit. supra, nota 3, laddove il Tribunale commenta che: «L'impressione visiva indotta dalle particolarità grafiche delle componenti denominative di un segno complesso può (...) influenzare la rappresentazione sonora del segno stesso», (punto 44).

⁴² Circa il problema in ordine al fatto se il giudizio di confondibilità tra segni vada condotto in astratto oppure in concreto, v. G. SENA, *Confondibilità fra segni e confondibilità fra prodotti o servizi nella giurisprudenza comunitaria*, cit. supra, nota 8, p. 202 ss., ove l'autore precisamente si domanda per l'appunto se il giudizio di confondibilità debba essere condotto in astratto, ossia tenendo conto dei vari segni distintivi in sé e per sé considerati ed in quanto tali registrati, oppure detto giudizio debba condursi in concreto, valutando il marchio nel suo momento per così dire dinamico, nel modo di impiego dello stesso. Ed opportunamente osserva che nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, specie in riferimento agli impedimenti relativi di cui in questa sede pure si discorre, qualche incertezza si riscontra: talune decisioni del Tribunale di primo grado, analizzando le componenti distintive dei marchi composti da più elementi, talvolta, ne riconoscono la tutela anche quando il marchio successivo presenti delle novità rispetto a quello precedente, disattendendo in tal modo il criterio dell'impressione d'insieme. In altre decisioni invece lo stesso criterio dell'impressione complessiva, porta a trascurare la tutela di singole componenti pur riconosciute come autonomamente distintive.

Le osservazioni, inoltre, contenute nella sentenza *Cloppenburg*, relative al corretto impiego dei nomi geografici, confermano quanto finora sostenuto, tanto più che nella pronuncia oggetto del presente commento, è proprio l'UAMI ad evidenziare in primo luogo la rinomanza della zona di provenienza nella produzione del famoso liquore al limone, quando afferma che: «il marchio sarebbe ingannevole qualora il liquore in questione avesse un'origine diversa, tenuto conto del fatto che Sorrento e la zona limitrofa godono di una reputazione in relazione allo specifico prodotto e che pertanto l'origine dello stesso è determinante per la scelta del consumatore»⁴³.

Con la inevitabile conseguenza che detta rinomanza avrebbe dovuto comportare l'impedimento assoluto alla registrazione, in quanto l'indicazione geografica contenuta nel marchio, sebbene scritta in caratteri piccoli, non potrebbe in alcun modo essere riservata in via esclusiva alla società protagonista della vicenda giudiziaria⁴⁴!

Giuseppina Di Salvatore

⁴³ V. punto 5 della sentenza in commento.

⁴⁴ Ed è nuovamente la sentenza *Cloppenburg* a confermare tali conclusioni, specie quando si esprime nel senso che: «(...) la valutazione del carattere descrittivo di un segno non può che essere condotta, da un lato, con riferimento ai prodotti o ai servizi di cui trattasi, e, d'altro lato, con riferimento alla comprensione che ne ha il pubblico destinatario (...). In tale valutazione l'UAMI è tenuto a stabilire se il nome geografico sia noto negli ambienti interessati in quanto designazione di un luogo. Inoltre, occorre che il nome di cui trattasi presenti attualmente, agli occhi degli ambienti interessati, un nesso con la categoria di prodotti o di servizi di cui trattasi, o che sia ragionevole presumere che tale nome possa, agli occhi di detto pubblico, designare la provenienza geografica di tale categoria di prodotti o di servizi. Nell'effettuare tale valutazione occorre prendere in considerazione, in particolare, la conoscenza più o meno ampia che gli ambienti interessati hanno del nome geografico, nonché le caratteristiche del luogo designato da quest'ultimo e della categoria di prodotti o di servizi di cui trattasi (...)» (punti 37 e 38).

È doveroso in tal senso rilevare che nel caso della sentenza *limoncello*, la costiera amalfitana è luogo assai rinomato nella produzione del liquore in questione, il che avrebbe dovuto suggerire una cautela peculiare nella valutazione dei requisiti di registrabilità di detto marchio come semplice marchio di impresa, concludendo evidentemente nel senso della impossibilità assoluta di registrazione del medesimo per inosservanza dei requisiti richiesti dall'art. 7, n. 1, lett. c. del regolamento n. 40/94.

**LA DENOMINAZIONE «FETA» NON È GENERICA
ED È STATA LEGITTIMAMENTE REGISTRATA
COME DOP «DENOMINAZIONE D'ORIGINE PROTETTA»**

Corte di giustizia

Sentenza del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02*

Repubblica federale di Germania e Regno di Danimarca, sostenuti da Repubblica francese e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, c. Commissione delle Comunità europee, sostenuta da Repubblica ellenica

Art. 230 CE - Ricorsi di annullamento proposti da Stati membri - Regolamento (Ce) n. 1829/2002 - Denominazione «Feta» - Denominazione tradizionale non geografica conforme all'art. 2, par. 3, del regolamento (Cee) n. 2081/92 - Denominazione non generica, registrata come DOP - Rigetto dei ricorsi.

La denominazione «Feta» costituisce una denominazione tradizionale non geografica, che designa un formaggio originario esclusivamente della Grecia continentale e del dipartimento di Lesbo, le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente all'ambiente geografico nel quale esso è prodotto, che presenta fattori naturali omogenei. Malgrado l'uso di questa denominazione per formaggi prodotti in altri Stati membri, la produzione e il consumo del formaggio Feta sono concentrati in Grecia e la denominazione «Feta» ha mantenuto la sua connotazione greca. Molteplici fattori, pertinenti ed importanti, indicano che tale termine non è divenuto generico. La sua registrazione come «denominazione d'origine protetta» è legittima.

* In *Raccolta*, 2005, I, p. 9115 ss. In argomento v. *infra*, p. 497 ss, il commento di *SERGIO VENTURA*.

(*Omissis*) **In diritto**

Nel merito

(*Omissis*)

Sulla genericità della denominazione

75. Occorre rammentare che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, terzo comma, del regolamento di base:

«Per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, in particolare:

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

76. Quanto all'argomento dedotto dal Governo danese secondo cui il termine «feta» designa un tipo di formaggio originario dei Balcani, è pacifico che formaggi bianchi in salamoia vengono prodotti da tempo non soltanto in Grecia, ma in svariati paesi dei Balcani e del Sud-Est del bacino mediterraneo. Tuttavia, come risulta al punto B, lett. a., del parere del comitato scientifico, tali formaggi sono noti, nei detti paesi, sotto denominazioni diverse da quella di «feta».

77. Per quanto riguarda la situazione di produzione nella Repubblica ellenica stessa, il Governo danese afferma, senza essere contraddetto, che, fino al 1988, in Grecia è stato importato formaggio prodotto con latte vaccino, secondo metodi diversi dai metodi tradizionali greci, sotto la denominazione «feta» e che, fino al 1987, formaggio feta è stato fabbricato sul territorio di tale Stato membro secondo metodi non tradizionali e, segnatamente, a partire da latte vaccino.

78. Occorre riconoscere che, ove operazioni del genere dovessero perdurare, esse tenderebbero a conferire genericità alla denominazione «feta». Si deve nondimeno rilevare come, con decreto ministeriale 5 dicembre 1988, n. 2109/88, recante approvazione della sostituzione dell'art. 83, «Prodotti caseari», del codice alimentare, è stata fissata la delimitazione dell'area geografica in cui la produzione si fonda sugli usi tradizionali. Nel 1994 il decreto ministeriale n. 313025 ha codificato l'insieme delle prescrizioni applicabili in materia di formaggio feta. Orbene, tutta questa normativa ha creato una situazione nuova, in cui operazioni del genere non devono più prodursi.

79. Quanto alla situazione di produzione negli altri Stati membri, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato, al punto 99 della citata sentenza *Danimarca e a. c. Commissione*, che il fatto che un prodotto sia stato legalmente messo in commercio con una denominazione in alcuni Stati membri può costituire un fattore di cui è necessario tener conto nel valutare se tale denominazione sia divenuta generica ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento di base.

80. La Commissione ammette d'altronde che esiste una produzione di feta in alcuni Stati membri diversi dalla Repubblica ellenica, in particolare nel Regno di Danimarca, nella Repubblica federale di Germania e nella Repubblica francese. Come risulta dal tredicesimo al diciassettesimo *considerando* del regolamento impugnato, la Repubblica ellenica produrrebbe circa 115.000 tonnellate all'anno. Nel 1998, circa 27.640 tonnellate

sarebbero state prodotte in Danimarca. Dal 1988 al 1998, la produzione francese avrebbe oscillato tra le 7.960 tonnellate e le 19.964 tonnellate. Quanto alla produzione tedesca, essa oscillerebbe, dal 1985, tra le 19.757 e le 39.201 tonnellate.

81. Dagli stessi *considerando* emerge che la produzione di feta è iniziata in Germania nel 1972, in Francia nel 1931 e in Danimarca negli anni '30.

82. Per giunta, è pacifico che il formaggio così prodotto ha potuto essere messo in commercio del tutto legalmente, persino in Grecia, quanto meno fino al 1988.

83. Sebbene tali produzioni siano state relativamente ingenti e la loro durata notevole, occorre sottolineare, come fa il comitato scientifico al primo trattino delle conclusioni del suo parere, che la produzione di feta è rimasta concentrata in Grecia.

84. D'altronde, il fatto che un prodotto sia stato legalmente fabbricato in Stati membri diversi dalla Repubblica ellenica è soltanto uno tra gli elementi di cui occorre tener conto ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento di base.

85. Per quanto riguarda il consumo di feta nei diversi Stati membri, rispetto alla sua produzione, occorre rilevare che, come risulta dal diciannovesimo *considerando* del regolamento impugnato, più dell'85% del consumo comunitario di feta, *pro capite* e per anno, avviene in Grecia. Come osserva il comitato scientifico, il consumo di feta è pertanto concentrato in tale Stato membro.

86. Da informazioni fornite alla Corte risulta che la maggioranza dei consumatori in Grecia ritiene che la denominazione «feta» abbia connotazione geografica e non generica. In Danimarca risulta invece che la maggioranza dei consumatori propende per la connotazione generica di tale denominazione. La Corte non dispone di dati concludenti in merito agli altri Stati membri.

87. I dati sottoposti alla Corte dimostrano inoltre che negli Stati membri diversi dalla Grecia la feta è regolarmente commercializzata con etichette che alludono alle tradizioni culturali e alla civiltà greche. È legittimo dedurre che i consumatori in tali Stati membri percepiscano la feta come un formaggio associato alla Repubblica ellenica, anche qualora, in realtà, sia stato prodotto in un altro Stato membro.

88. Questi diversi elementi relativi al consumo della feta negli Stati membri tendono ad indicare che la denominazione «feta» non è generica.

89. Quanto all'argomento del Governo tedesco, vertente sulla seconda frase del ventesimo *considerando* del regolamento impugnato, risulta dal punto 87 della presente sentenza che non è erroneo affermare, con riferimento ai consumatori negli Stati membri diversi dalla Repubblica ellenica, che: «(...) il legame tra la denominazione "Feta" e il territorio ellenico è volontariamente suggerito e ricercato in quanto costituisce un argomento di vendita inerente alla rinomanza del prodotto di origine, ma ciò comporta il rischio reale di indurre il consumatore in confusione».

90. L'argomento dedotto dal Governo tedesco in senso opposto non è pertanto fondato.

91. Per quanto riguarda le normative nazionali, occorre rilevare che, secondo i *considerando* diciottesimo e trentunesimo del regolamento impugnato, il Regno di Danimarca e la Repubblica ellenica sono gli unici Stati membri dell'epoca che possedessero una normativa specifica relativa alla feta.

92. La normativa danese, da parte sua, menziona non la «feta» bensì la «feta danese», fattore che suggerisce che, in Danimarca, la denominazione «feta» senza ulteriore qualificazione ha mantenuto la sua connotazione greca.

93. Inoltre, come la Corte ha dichiarato al punto 27 della citata sentenza *Danimarca e a. c. Commissione*, la denominazione «feta» era protetta da una Convenzione stipulata tra la Repubblica d'Austria e il Regno di Grecia il 20 giugno 1972, ai sensi dell'accordo intervenuto tra questi due Stati il 5 giugno 1970, relativo alla protezione delle indicazioni di origine, delle denominazioni di origine e delle denominazioni dei prodotti dell'agricoltura, dell'artigianato e dell'industria (BGBl. nn. 378/1972 e 379/1972). Da allora, l'uso di tale denominazione sul territorio austriaco è riservato ai soli prodotti greci.

94. Ne discende che, nell'insieme, le normative nazionali pertinenti tendono ad avallare la non genericità della denominazione «feta».

95. Quanto alla normativa comunitaria, è vero che la denominazione «feta» è utilizzata, senza alcuna precisazione in merito allo Stato membro di origine, nella nomenclatura della tariffa doganale comune e nella normativa comunitaria relativa alle restituzioni all'esportazione.

96. Tuttavia, quest'ultima normativa e la nomenclatura doganale si applicano al settore doganale e non hanno lo scopo di disciplinare i diritti di proprietà industriale. Le loro disposizioni non sono quindi concludenti nel presente contesto.

97. Per quanto riguarda le precedenti valutazioni della Commissione, corrisponde al vero che, il 21 giugno 1985, tale istituzione ha risposto alla questione scritta n. 13/85 di un deputato europeo nei seguenti termini: «(...) il nome feta designa un tipo di formaggio e non una denominazione d'origine» (*Guce* 30 settembre 1985, n. C 248, p. 13).

98. In proposito occorre tuttavia rilevare che, all'epoca, non esisteva ancora alcuna tutela comunitaria delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche, che fu istituita per la prima volta dal regolamento di base. Alla data di quella risposta, la denominazione «feta» era tutelata in Grecia soltanto dagli usi tradizionali.

99. Alla luce di quanto sopra, risulta che molteplici fattori, pertinenti e importanti, indicano che tale termine non è divenuto generico.

100. Ciò considerato, occorre dichiarare che la Commissione legittimamente ha stabilito, nel regolamento impugnato, che il termine «feta» non è divenuto generico ai sensi dell'art. 3 del regolamento di base.

Sulla motivazione

101. Per quanto riguarda, infine, l'argomento secondo cui la motivazione del regolamento impugnato è insufficiente laddove constata che la denominazione «feta» non è generica, occorre, da un lato, esaminare la portata del parere del comitato scientifico e, dall'altro, accertare quanto la motivazione fornita sia dettagliata.

102. Nei *considerando* dall'undicesimo al ventunesimo, nonché trentatreesimo del detto regolamento, la Commissione analizza essa stessa la questione della genericità del termine «feta». Soltanto ai *considerando* dal ventiduesimo al trentaduesimo la Commissione riporta il parere del comitato scientifico. Sarebbe quindi inesatto affermare che la motivazione esposta nel detto regolamento in merito alla genericità del termine «feta» consiste in una mera riproduzione di tale parere.

103. Risulta dalla decisione n. 93/53 che il comitato scientifico è stato istituito dalla Commissione e che i suoi membri sono da essa nominati. Il detto comitato si riunisce su convocazione di un rappresentante della detta istituzione e le sue delibe-

razioni vertono sugli argomenti per i quali la Commissione ha chiesto un parere.

104. Conformemente a tali norme, la Commissione era legittimata, a sua discrezione, a sottoporre questioni in materia di denominazione d'origine agli esperti nominati in tale comitato, per essere aiutata a chiarire il problema, come nella fattispecie ha fatto. Analogamente, la Commissione era libera di decidere in quale misura intendeva aderire al parere fornito dal detto comitato.

105. Come risulta dal trentatreesimo *considerando* del regolamento impugnato, nella fattispecie la Commissione ha fatto propri gli orientamenti espressi dal comitato. Questa pratica è conforme tanto alle disposizioni della decisione n. 93/53 quanto a quelle dell'art. 253 CE.

106. In merito al carattere dettagliato o meno della motivazione fornita nel regolamento impugnato sulla questione della genericità del termine «feta», emerge da una giurisprudenza costante che la motivazione richiesta dall'art. 253 CE deve essere adeguata alla natura dell'atto e deve far apparire, in forma chiara e non equivoca, l'*iter* logico seguito dall'istituzione da cui promana l'atto, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e permettere al giudice competente di esercitare il proprio sindacato (v. sentenza 7 febbraio 2002 in causa n. C-328/00, *Weber*, *Raccolta*, I, p. 1461, punto 42, nonché la giurisprudenza ivi citata). Tuttavia, l'autore dell'atto non è tenuto a prendere posizione su elementi che sono chiaramente secondari né ad anticipare potenziali obiezioni (v., in tal senso, sentenza 2 aprile 1998 in causa n. C-367/95 P, *Commissione c. Sytraval e Brink's France*, *Raccolta*, I, p. 1719, punto 64).

107. La Commissione ha chiaramente esposto, nei *considerando* dall'undicesimo al trentatreesimo del regolamento impugnato, gli elementi essenziali che l'hanno indotta a concludere che la denominazione «feta» non era generica ai sensi dell'art. 3 del regolamento di base. Tale esposizione costituisce motivazione sufficiente ai fini dell'art. 253 CE.

108. Ne deriva che l'argomento secondo il quale la motivazione del regolamento impugnato è insufficiente laddove si constata che la denominazione «feta» non è generica è destituito di fondamento.

109. Da ciò consegue che il motivo vertente sulla violazione dell'art. 3, n. 1, del regolamento di base e dell'art. 253 CE va respinto in quanto infondato.

110. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, i presenti ricorsi devono essere respinti.

(*Omissis*)

LA TORMENTATA VICENDA DELLA DENOMINAZIONE «FETA»

Sommario: 1. *Il contesto storico ed economico* - 2. *La tutela giuridica della denominazione «Feta»: la normativa greca* - 3. *Il regolamento (Ce) n. 1107/96 e la sentenza della Corte del 16 marzo 1999* - 4. *Il regolamento (Ce) n. 1829/2002 e la sentenza della Corte del 25 ottobre 2005* - 5. *Osservazioni conclusive.*

1. Il contesto storico ed economico

La sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 2005, pronunciata nelle cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, pone fine al conflitto giuridico che dal 1996, anno in cui la denominazione «Feta» è stata inserita per la prima volta¹ nell'elenco delle denominazioni di origine protette (DOP), ha opposto, da un lato, la Commissione delle Comunità europee e la Repubblica ellenica e, dall'altro, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania e la Repubblica francese. Questa sentenza dovrebbe altresì porre un termine alla battaglia che da decenni oppone i produttori greci del formaggio Feta ai produttori danesi, tedeschi e francesi di formaggi analoghi commercializzati utilizzando non solo la stessa denominazione ma anche etichettature evocative della Grecia.

Da molti secoli coesistono nei Balcani e nei paesi del Mediterraneo sudorientale numerosi formaggi bianchi in salamoia ottenuti da latte vaccino e/o di pecora e/o di capra. Essi presentano talune analogie ma le loro denominazioni sono distinte: «Telemes» in Romania, «Bjalo Salamureno Sirene» in Bulgaria, «Beyaz Peynir» in Turchia, «Domiati» in Egitto, «Beli sir u kriskama» nella ex-Jugoslavia, «Akkavi» in Siria, «Halloumi» a Cipro e, infine, «Feta» in Grecia².

¹ Con il regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione del 12 giugno 1996, in *Guce* n. L 148 del 21 giugno 1996, p. 1).

² Si noti che nella stessa Grecia sono prodotti altri formaggi simili ma non identici al formaggio Feta (Touloumotyri, Kalathaki Limnou, Tyromalama, Sfela, Formaella Arachovas Parnassou, ecc.).

Di tutti questi formaggi il più noto al di fuori delle zone di origine è senza dubbio il formaggio Feta, la cui diffusione nel mondo è dovuta anche alle forte emigrazione greca. Le fonti storiche ne fanno risalire il metodo tradizionale di produzione ad epoca immemorabile, anche se esso è stato progressivamente perfezionato col passare del tempo e, finalmente, codificato nel 1935. Il latte deve essere di pecora o di capra e pecora, proveniente esclusivamente da animali allevati nelle regioni delimitate dal disciplinare di produzione. La coagulazione avviene a temperatura ambiente e la cagliata è divisa in pezzi, messa ad asciugare naturalmente, salata e, infine, trasferita in contenitori metallici, che sono conservati a bassa temperatura.

La denominazione attuale si è imposta a partire dal diciassettesimo secolo, quando la Grecia era sotto l'influenza della Repubblica veneta. Si tratta della forma grecizzata del termine italiano «fetta», che allude evidentemente alla procedura di taglio della cagliata in «pezzi sottili».

Il successo ottenuto dal formaggio Feta, la cui produzione in Grecia ha spesso superato annualmente le centomila tonnellate, ha indotto i produttori di altri paesi, europei ed extraeuropei, a commercializzare sotto la stessa denominazione formaggi apparentemente simili, ma aventi caratteristiche organolettiche e qualitative differenti. Per esempio (e per limitarmi soltanto a paesi europei) in Francia fin dal 1931 si è avviata una produzione di «feta» a base di latte ovino e vaccino, che ha raggiunto recentemente quasi ventimila tonnellate annue. In Danimarca, dalla metà degli anni sessanta in poi la produzione di «feta», a base esclusivamente di latte vaccino, dopo un inizio molto modesto (poco più di cento tonnellate), si è sviluppata rapidamente fino a raggiungere, in epoca recente, quasi trentamila tonnellate annue, essenzialmente destinate all'esportazione. In Germania, dal 1972 in poi la produzione di «feta», anch'essa esclusivamente a base di latte vaccino, ha raggiunto quantità importanti (tra le ventimila e le quarantamila tonnellate annue).

È comprensibile che in questi tre paesi la legislazione greca e la normativa comunitaria, destinate a tutelare la denominazione «Feta», abbiano suscitato una forte opposizione.

2. La tutela giuridica della denominazione «Feta»: la normativa greca

Col passare degli anni, soprattutto i c.d. «feta» danesi e tedeschi hanno costituito un rischio crescente per l'autentico Feta greco. Infatti, essi sono ottenuti a costi nettamente inferiori a quelli del formaggio greco, sia per la materia prima (latte vaccino) e per i metodi impiegati (ultrafiltrazione) che per la concentrazione della produzione in poche fabbriche, mentre in Grecia essa interessa numerose migliaia di allevatori e centinaia di centri di produzione, distribuiti in tutte le regioni della Grecia continentale e nelle isole del dipar-

timento («nomós») di Lesbo.

Inoltre, i produttori danesi e tedeschi non esitano a «mascherare» la vera natura dei loro formaggi. Da un lato, il colore giallognolo del prodotto a base di latte vaccino viene «sbiancato» artificialmente con l'aiuto di coloranti o «dissimulato» in boccali riempiti di una soluzione oleosa. Dall'altro, le etichette utilizzate evocano una presunta origine greca o, quanto meno, un'ipotetica rispondenza alle caratteristiche del formaggio greco, ricorrendo sia ad immagini suggestive (pastori, pecore, riproduzioni di monumenti della Grecia antica) sia ad una terminologia fantasiosa, come Sirtakis, Nikos, Andreos, Fetaki, Filos, Athos, Pylas, Mythos, Mitakos, Asteria, Thrakya e Patros in Germania, o come Athena, Arkadia, Apetina, Attica, Hellekios in Danimarca.

Sotto questo aspetto anche i produttori francesi, pur utilizzando generalmente latte ovino e/o caprino, sicché i loro prodotti si differenziano da quello greco soltanto per la specificità delle razze impiegate e dell'ambiente pedoclimatico, non resistono alla tentazione d'indurre in inganno il consumatore, come lo dimostra l'uso (e l'abuso) di marche commerciali a consonanza greca (Tassos la Feta, Feta Syrtos, Takis Feta, Feta Hotos, Islos Feta, Voskos, Korsaki, Fetros, Salakis) e di etichette coperte di simboli ellenici (bandiere, vestigi dell'antichità e tipici paesaggi greci).

È naturale, quindi, che il Governo greco abbia sentito la necessità di proteggere la denominazione «Feta» sul proprio territorio e, nei limiti del possibile, anche all'estero. In Austria, per esempio, in virtù di una Convenzione stipulata con la Grecia il 20 giugno 1972, in applicazione dell'Accordo bilaterale concluso tra questi due paesi il 5 giugno 1970, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni dei prodotti agricoli, artigianali e industriali³, la denominazione «Feta» è riservata al prodotto greco. Ma soprattutto, dal 1987 in poi, il Governo greco è intervenuto per disciplinare progressivamente in maniera restrittiva le condizioni di produzione e di distribuzione del formaggio Feta. Sono stati così emanati dai Ministri dell'Economia e dell'Agricoltura i decreti ministeriali n. 15294/1987, n. 2109/1988, n. 688/1989, n. 565/1991 e n. 313025/1994⁴.

La suddetta normativa e in particolare l'ultimo decreto, dell'11 gennaio 1994, vieta la fabbricazione, l'importazione, l'esportazione, l'immissione in commercio e la vendita con la denominazione «Feta» dei formaggi non rispondenti ai requisiti fissati dalla normativa stessa⁵.

³ BGBl n. 378/1972 e n. 379/1972; *Österreichisches Patentblatt* n. 11/1972 del 15 novembre 1972.

⁴ FEK B 347/1987, 892/1988, 663/1989, 667/1991 e 8/1994.

⁵ In virtù del decreto n. 313025/1994 la denominazione «Feta» è riconosciuta in Grecia come denominazione d'origine protetta (DOP) per il formaggio bianco conservato in salamoia tradizionalmente prodotto in Grecia e concretamente («syngekrimena») nelle regioni di Macedonia, Tracia, Epiro, Tessaglia, Grecia centrale, Peloponneso e nel dipartimento di Lesbo, con latte di pecora o una miscela di quest'ultimo con latte di capra provenienti esclusivamente dalle regioni predette. Il

Da un lato, questa normativa ha permesso al governo greco di domandare alla Commissione di procedere alla registrazione della denominazione «Feta» corrispondente ad una varietà di formaggio prodotto in Grecia, come denominazione d'origine protetta (DOP) in ambito comunitario, in virtù del regolamento (Cee) n. 2081/92⁶. Dall'altro, essa ha dato luogo ad un'impugnativa da parte di un'impresa danese (*Canadane Cheese Trading AMBA*) e di un'impresa greca (*Adelfi G. Kouri AEVE*), che hanno contestato il divieto di vendere sul territorio greco con la denominazione «Feta» una partita di formaggio importato dalla Danimarca e l'obbligo di usare, per l'immissione sul mercato greco del formaggio in questione, la dicitura «formaggio bianco in salamoia della Danimarca, a base di latte di mucca pastorizzato». La controversia è sfociata in una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata alla Corte di giustizia dal Consiglio di Stato della Repubblica ellenica⁷. Questa domanda verteva sostanzialmente sull'eventuale contrasto della normativa impugnata con l'art. 30 del Trattato CE, in quanto costituente una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa e, in caso affermativo, sulla sua eventuale giustificazione in virtù dell'art. 36 dello stesso Trattato. La Corte non ha avuto l'occasione di pronunciarsi, poiché la domanda è stata successivamente ritirata, ma nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 24 giugno 1997⁸, si può leggere che la normativa in questione, pur costituendo una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, trova giustificazione nella «tutela della proprietà industriale e commerciale, prevista dell'art. 36 del Trattato»⁹.

3. Il regolamento (Ce) n. 1107/96 e la sentenza della Corte del 16 marzo 1999

Come si è accennato, il 21 gennaio 1994 il governo greco aveva chiesto alla Commissione di procedere alla registrazione nell'elenco delle DOP della

decreto citato disciplina anche il processo di fabbricazione e definisce le principali caratteristiche del formaggio (qualitative, organolettiche e gustative) nonché le indicazioni obbligatorie, che devono figurare sulla confezione.

⁶ *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1. Detto regolamento è stato sostituito dal regolamento (Ce) n. 510/2006 del 20 marzo 2006, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 e in questa *Rivista*, 2006, p. 99 con commento di F. CAPELLI, *Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari nel nuovo regolamento comunitario n. 510/2006 e nel decreto italiano 19 novembre 2004 n. 297 relativo alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme contenute nel regolamento predetto*, p. 115 ss.

⁷ Causa n. C-317/95, *Canadane Cheese Trading e Kouri*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4681, la cui cancellazione dal ruolo è stata disposta con ordinanza della Corte dell'8 agosto 1997.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Viceversa, secondo le citate conclusioni, la normativa in questione «non può essere giustificata da motivi attinenti alla tutela dei consumatori, né alla salvaguardia della lealtà dei negozi commerciali».

denominazione «Feta». La Commissione, il 19 gennaio 1996, sulla base di questa domanda, di un sondaggio effettuato presso 12.800 cittadini e del parere emesso il 15 novembre 1994 dal «comitato scientifico»¹⁰, ha approvato, assieme ad altre denominazioni, la denominazione «Feta» come idonea ad essere registrata nell'elenco predetto. Dopo l'espletamento della procedura prevista all'art. 15 del regolamento (Cee) n. 2081/92, poiché né il «comitato di regolamentazione» né il Consiglio si sono pronunciati nei termini previsti, il 12 giugno 1996 la Commissione ha infine adottato il citato regolamento (Ce) n. 1107/96, che inseriva, tra l'altro, la denominazione «Feta» nell'elenco delle DOP.

Contro tale regolamento sono stati presentati tre ricorsi, rispettivamente dal Regno di Danimarca, dalla Repubblica federale di Germania e dalla Repubblica francese, tendenti all'annullamento della registrazione come DOP della denominazione «Feta». I ricorrenti sostenevano in sostanza che, da un lato, non sussistevano i requisiti necessari per la registrazione e che, dall'altro, la denominazione era generica. Nella sua sentenza¹¹ la Corte ha annullato la suddetta registrazione per motivi formali, in quanto la Commissione aveva «minimizzato l'importanza da attribuire alla situazione esistente negli Stati membri diversi da quello di origine» ed aveva «negato qualsiasi rilevanza alle loro legislazioni nazionali», non avendo avuto riguardo al fatto che la denominazione contestata «fosse utilizzata da lungo tempo in alcuni Stati diversi dalla Repubblica ellenica». Secondo la Corte, la Commissione non aveva correttamente preso in considerazione il complesso dei fattori di cui all'art. 3, par. 1, del regolamento (Cee) n. 2081/92.

In esecuzione della sentenza citata la Commissione ha adottato il regolamento (Ce) n. 1070/1999¹², eliminando la denominazione «Feta» dal registro comunitario delle DOP.

4. Il regolamento (Ce) n. 1829/2002 e la sentenza della Corte del 25 ottobre 2005

Occorre notare che la sentenza della Corte del 16 marzo 1999 non si è pronunciata sul preteso carattere generico della denominazione «Feta», ma si è limitata a constatare l'incompletezza dell'analisi effettuata dalla Commis-

¹⁰ Questo comitato, che assiste la Commissione nell'esame delle domande di registrazione delle varie denominazioni, è stato istituito con decisione n. 93/53/Cee del 21 dicembre 1992, in *Guce* n. L 13 del 21 gennaio 1993, p. 16.

¹¹ Sentenza del 16 marzo 1999 in cause riunite n. C-289/96, n.C-293/96 e n.C-299/96, *Danimarca, Germania e Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1541.

¹² *Guce* n. L 130 del 26 maggio 1999, p. 18.

sione dei fattori elencati nell'art. 3, par. 1, 3° comma del regolamento (Cee) n. 2081/92.

Tenuto conto della motivazione della citata sentenza, la Commissione, pochi mesi dopo l'adozione del regolamento (Ce) n. 1070/1999, al fine di completare l'analisi dei suddetti fattori, ha inoltrato un questionario a tutti gli Stati membri. Diffuso il 15 ottobre 1999, il questionario ha permesso di raccogliere molti dati significativi, anche se aventi solo un valore indicativo, relativi alla produzione, al consumo e alla percezione, da parte dei consumatori, dei formaggi immessi sul mercato sotto la denominazione «Feta». Questi dati sono stati comunicati al «comitato scientifico», che il 24 aprile 2001 ha emesso all'unanimità un parere, la cui conclusione è che «la denominazione Feta non è generica»¹³.

Confortata da questo parere, la Commissione ha nuovamente ritenuto che la denominazione «Feta» fosse idonea ad essere registrata come DOP. Ancora una volta, né il «comitato di regolamentazione» né il Consiglio sono stati in grado di pronunciarsi nei termini previsti, sicché la Commissione, conformemente alla procedura prevista dal regolamento (Cee) n. 2081/92, ha adottato il citato regolamento (Ce) n. 1829/2002, che dispone l'iscrizione della denominazione Feta nel registro delle DOP, «poiché non è risultata generica» e costituisce «una denominazione tradizionale non geografica» (trentaquattresimo e trentacinquesimo *considerando*).

Anche questo regolamento è stato impugnato. Da un lato, i Governi tedesco e danese ne hanno chiesto l'annullamento ai sensi dell'art. 230 CE, e dall'altro, talune ditte¹⁴ hanno presentato analoghi ricorsi innanzi al Tribunale di primo grado¹⁵.

È inutile soffermarsi su questi ultimi ricorsi la cui ricevibilità è stata giustamente contestata dalla Commissione, in quanto l'atto impugnato non riguardava direttamente e individualmente le ricorrenti. Occorre invece esaminare i ricorsi presentati dalla Germania e dalla Danimarca.

Proposti il 30 dicembre 2002, questi due ricorsi sono sfociati nella citata sentenza della Corte del 25 ottobre 2005. Nel procedimento relativo sono intervenuti, a sostegno dei ricorrenti, la Repubblica francese e il Regno Unito e, a sostegno della Commissione, la Repubblica ellenica.

Una prima questione, sollevata dal governo greco, ha riguardato la ricevibilità dei ricorsi e, in particolare, la decorrenza del termine di due mesi dalla

¹³ Le motivazioni del citato parere sono riprodotte dal trentesimo al trentaduesimo *considerando* del regolamento (Ce) n. 1829/2002 del 14 ottobre 2002, che modifica l'allegato del regolamento (Ce) n. 1107/96 per quanto riguarda la denominazione «Feta», in *Guce* n. L 277 del 15 ottobre 2002, p. 10.

¹⁴ Alpenhain - Camembert - Werk e altri, Confédération générale des producteurs de lait de brebis et des industriels de Roquefort, Arla Foods e altri.

¹⁵ Cause n. T-370/02, n. T-381/02 e n. T-397/02.

pubblicazione dell'atto, previsto dall'art. 230 CE, quinto comma, che non sarebbe stato rispettato, poiché il regolamento impugnato è stato pubblicato il 15 ottobre e i ricorsi sono stati proposti il 30 dicembre 2002. La Corte non ha accolto questa eccezione, ricordando che detto termine, ai sensi dell'art. 81 del regolamento di procedura¹⁶, decorre «a partire dalla fine del quattordicesimo giorno successivo alla data di pubblicazione dell'atto», a cui vanno aggiunti, in ragione della distanza, dieci giorni supplementari.

Il governo tedesco, a sostegno del suo ricorso, ha avanzato innanzitutto un motivo di carattere formale. La Commissione non avrebbe rispettato il regolamento interno del «comitato di regolamentazione» né il regolamento (Cee) del Consiglio del 15 aprile 1958, n. 1, che stabilisce il regime linguistico della Comunità¹⁷, poiché i documenti distribuiti nella riunione del comitato svoltasi il 20 novembre 2001 (sintesi delle risposte al questionario diffuso il 15 ottobre 1999 e parere del comitato scientifico del 24 aprile 2001) non erano stati notificati al governo tedesco «né quattordici giorni prima di tale riunione, né in tedesco». La Corte ha respinto questo motivo richiamandosi alla sua precedente giurisprudenza (citata nella sentenza in esame, punto 37). Infatti, dopo aver constatato che la proposta del regolamento impugnato era stata sottoposta regolarmente (in tutte le lingue ufficiali della Comunità) al voto sia del comitato di regolamentazione (il 16 maggio 2002) sia del Consiglio (il 27 giugno 2002) e che in entrambe le occasioni la Germania aveva votato contro, la Corte ha osservato che questo Stato membro «non avrebbe potuto opporsi più efficacemente a tale proposta» e che la presunta irregolarità procedurale «non poteva avere alcun effetto sul provvedimento adottato».

Nel merito, sia il governo tedesco che i governi danese e francese hanno invocato una *violazione dell'art. 2, par. 3, del regolamento (Cee) n. 2081/92*, che rinvia al par. 2, lett. a., secondo trattino, dello stesso articolo. In virtù del combinato disposto di queste due norme, una «denominazione tradizionale non geografica», per essere considerata come «denominazione d'origine» deve designare un prodotto agricolo o alimentare «originario di una regione o di un luogo determinato» e «la cui qualità o le cui caratteristiche siano dovute essenzialmente o esclusivamente all'ambiente geografico comprensivo dei fattori naturali ed umani e la cui produzione, trasformazione ed elaborazione avvengano nell'area geografica delimitata». Gli argomenti addotti dai tre Stati membri hanno portato essenzialmente sui punti seguenti: *a.* sull'estensione, considerata eccessiva, dell'area geografica definita nella normativa greca e nel disciplinare presentato a sostegno della domanda di registrazione; *b.* sul

¹⁶ Regolamento di procedura della Corte di giustizia, il cui testo consolidato del 19 giugno 1991 è stato pubblicato nella *Guce* n. L 176 del 4 luglio 1991, p. 7. Questo testo, modificato più volte, è ora pubblicato nella *Guce* n. C 193 del 14 agosto 2003, p. 1. L'ultima modifica al regolamento di procedura è del 18 ottobre 2005 ed è pubblicata in *Gu-Ue* n. L 288 del 29 ottobre 2005, p. 51 ss.

¹⁷ *Guce* n. 17 del 6 ottobre 1958, p. 385.

preteso carattere artificiale di quest'area; *c.* sul legame esclusivo, che viene messo in dubbio, tra l'area geografica definita nella domanda e il formaggio a cui si riferisce la denominazione registrata. Su ognuno di questi punti la Corte ha rigettato gli argomenti dei tre Stati membri. Secondo la Corte, infatti: *a.* l'area geografica delimitata non coincide con il territorio di tutta la Grecia e le «zone escluse non possono essere considerate trascurabili»; *b.* le caratteristiche geomorfologiche, climatiche e botaniche dell'area geografica delimitata dimostrano che essa presenta «fattori naturali omogenei, che la differenziano dalle zone limitrofe» e che, quindi, essa «non è stata delimitata artificialmente»; *c.* la motivazione del regolamento impugnato e il disciplinare presentato a sostegno della domanda di registrazione enumerano «i fattori naturali ed umani che conferiscono alla feta le sue caratteristiche specifiche» e che «spiegano come le caratteristiche della feta siano dovute essenzialmente all'ambiente geografico delimitato».

Successivamente la Corte ha affrontato la questione, sollevata da ambedue le parti ricorrenti, della pretesa *genericità della denominazione «Feta»*. Conformemente all'art. 3, par. 1, terzo comma, del regolamento (Cee) n. 2081/92, la questione è stata esaminata tenendo conto, da un lato, della situazione della produzione e del consumo in Grecia e negli altri Stati membri e, dall'altro, delle pertinenti legislazioni nazionali e comunitaria.

Sotto il primo profilo la Corte ha constatato che in Grecia, dal 1988 in poi, la produzione e l'immissione in commercio del formaggio Feta sono state disciplinate in modo da vietare l'uso della denominazione in questione per prodotti non conformi ai metodi tradizionali di produzione (punti 77 e 78 della sentenza). Inoltre, sia la produzione che il consumo del formaggio Feta sono rimasti concentrati in Grecia (punti 83 a 85 della sentenza). Infine, i formaggi omonimi prodotti in altri Stati membri e segnatamente in Danimarca, Germania e Francia, sono regolarmente commercializzati «con etichette che alludono alle tradizioni culturali e alla civiltà greche» e, quindi, il legame tra la denominazione «Feta» e il territorio ellenico è «volontariamente suggerito e ricercato in quanto costituisce un argomento di vendita». Secondo la Corte, «ciò comporta il rischio reale di indurre il consumatore in confusione» (punti 87 a 89 della sentenza).

Sotto il profilo delle normative nazionali, la Corte ha osservato che la normativa danese, imponendo, fin dal 1963, la denominazione «feta danese» ha implicitamente ammesso che la denominazione «Feta» senza un'ulteriore qualificazione «ha mantenuto la sua connotazione greca» (punto 92 della sentenza). La Corte ha ricordato, inoltre, la citata convenzione stipulata nel 1972 tra l'Austria e la Grecia, in virtù della quale la denominazione «Feta» è riservata, sul territorio austriaco, ai soli formaggi greci (punto 93 della sentenza).

Per quanto riguarda la normativa comunitaria, la Corte ha refutato innanzitutto gli argomenti, adottati dai ricorrenti, relativi all'uso del termine «feta» -

senza alcuna restrizione geografica – nella normativa sulle restituzioni all'esportazione e nella nomenclatura doganale. Si tratta, infatti, di disposizioni che «non hanno la scopo di disciplinare i diritti di proprietà industriale» (punto 96 della sentenza). Parimenti, la Corte ha ritenuto non pertinente l'argomento, avanzato dal governo tedesco, che ha citato la risposta della Commissione alla interrogazione scritta n. 13/85 di un deputato europeo¹⁸. In questa risposta la Commissione aveva affermato che «il nome feta designa un tipo di formaggio e non una denominazione d'origine». Ma, osserva la Corte, all'epoca non esisteva alcuna tutela comunitaria delle denominazioni d'origine e la denominazione «Feta» era tutelata, in Grecia, soltanto dagli usi tradizionali (punto 98 della sentenza).

Infine, la Corte ha esaminato l'argomento, sollevato anch'esso dal governo tedesco, della pretesa *insufficienza della motivazione* del regolamento impugnato. Secondo il governo tedesco, la Commissione avrebbe violato l'art. 253 CE, in quanto si sarebbe limitata a riportare il parere del «comitato scientifico» senza ponderare i diversi elementi presi in considerazione per arrivare alla conclusione che la denominazione «Feta» non è generica. Sulla base di un'analisi dei ventitré «considerando» (dall'undicesimo al trentatreesimo) consacrati alla motivazione in questione, la Corte ha constatato che questa motivazione è «sufficiente ai fini dell'art. 253 CE», poiché la Commissione ha chiaramente esposto gli «elementi essenziali» che l'hanno indotta a concludere che la denominazione «Feta» non è generica (punto 107 della sentenza). In proposito, la Corte fa riferimento alla sua giurisprudenza costante relativa alla motivazione richiesta dall'art. 253 CE (punto 106 della sentenza).

5. Osservazioni conclusive

La sentenza in esame, confermando la validità del regolamento (Ce) n. 1829/2002 per quanto riguarda la registrazione nell'elenco delle DOP della denominazione «Feta», ha come conseguenza immediata che la suddetta denominazione, alla scadenza del periodo transitorio di cinque anni che decorre dal 15 ottobre 2002 (data della pubblicazione del citato regolamento), sarà riservata soltanto al formaggio greco prodotto in conformità con il disciplinare presentato a sostegno della domanda di registrazione.

Ma la portata della sentenza va ben oltre questa conseguenza immediata. Senza pretendere, come pur è stato affermato da alcuni commentatori¹⁹, che la sentenza in esame sia «una decisione storica della giustizia europea», si può tranquillamente affermare che essa costituisce una tappa importante nel cam-

¹⁸ *Guce* n. C 248 del 30 settembre 1985, p. 13.

¹⁹ Per esempio, nel quotidiano belga «*Le Soir*» di mercoledì 26 ottobre 2005.

mino intrapreso dalle istituzioni comunitarie per un «riorientamento» fondamentale dell'agricoltura verso la qualità, segnatamente attraverso la tutela delle «denominazioni di origine».

Innanzitutto, questa sentenza fornisce un'interpretazione chiara ed esaustiva del combinato disposto del par. 3 e del par. 2, lett. *a.*, secondo trattino, dell'art. 2 del regolamento (Cee) n. 2081/92²⁰, per quanto riguarda l'applicazione di queste norme alle «indicazioni tradizionali non geografiche». Si tratta di un'interpretazione che è destinata a rafforzare la posizione di coloro che hanno difeso la legittimità della registrazione come DOP di indicazioni non geografiche come, per esempio, la denominazione composta «Salamini italiani alla cacciatora».

In secondo luogo, questa sentenza, soffermandosi sulla questione della genericità o meno di una denominazione, offre interessanti spunti ermeneutici per l'applicazione dell'art. 3, par. 1, terzo comma, del regolamento (Cee) n. 2081/92²¹. In particolare, occorre sottolineare che la Corte precisa che «il fatto che un prodotto sia stato legalmente fabbricato in Stati membri diversi dalla Repubblica ellenica è soltanto uno tra gli elementi di cui occorre tener conto» ai sensi dell'art. 3, par. 1, del regolamento citato. Ben più importanti, per la Corte, sono gli elementi che si deducono dalla normativa vigente in Grecia, dalla concentrazione della produzione e del consumo in questo Stato membro e, soprattutto, dal fatto che «negli Stati membri diversi dalla Grecia, la feta è regolarmente commercializzata con etichette che alludono alle tradizioni culturali e alla civiltà greche». Basta pensare alle etichette utilizzate nel mondo intero per commercializzare prodotti alimentari, che si fregiano abusivamente di denominazioni italiane, per comprendere l'importanza che può avere questa sentenza quando si tratta di contestare la presunta genericità di quelle denominazioni²².

Infine, questa sentenza premia il coraggio dimostrato dalla Commissione che, nonostante la sconfitta subita nel 1999, non ha esitato a riprendere la battaglia per una causa giusta ed è riuscita a far sì che cessi il tentativo indegno d'indurre in confusione il consumatore sulla vera natura del prodotto che egli acquista. Si deve sperare che soprattutto sotto quest'ultimo aspetto la sentenza in esame possa costituire un punto fermo di riferimento.

Sergio Ventura

²⁰ Cfr. il par. 2 e il par. 1, lett. *a.*, secondo trattino dell'art. 2 del citato regolamento (Ce) n. 510/2006.

²¹ Cfr. l'art. 3, par. 1, terzo comma, del regolamento (Ce) n. 510/2006.

²² Cfr. il mio commento alla sentenza della Corte del 25 giugno 2002 in causa n. C-66/00, *Il «Parmesan» alla Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2002, p. 501 ss., in particolare p. 505 ss.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA ACCERTA NUOVAMENTE
L'INADEMPIMENTO DELL'ITALIA PER AVERE DISCONOSCIUTO
I DIRITTI DEGLI EX LETTORI DI LINGUA STRANIERA MA EVITA
DI CONDANNARE LO STATO ITALIANO AL PAGAMENTO
DELLE SANZIONI INVOCATE DALLA COMMISSIONE**

Corte di giustizia

Sentenza del 18 luglio 2006 in causa n. C-119/04*

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 228 CE - Inadempimento di uno Stato - Condizioni di impiego degli ex lettori di lingua straniera nelle università italiane - Sentenza della Corte di giustizia che accerta l'inadempimento - Riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera - Inosservanza degli obblighi - Persistenza nell'inadempimento oltre il termine fissato - Insufficienza degli elementi.

Non avendo assicurato, alla data di scadenza del termine impartito nel parere motivato, il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera, divenuti collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, mentre tale riconoscimento era garantito alla generalità dei lavoratori nazionali, la Repubblica italiana non ha attuato tutti i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza 26 giugno 2001 in causa n. C-212/99, Commissione c. Italia, comportava, ed è pertanto venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE.

(...) non esistono elementi sufficienti per permettere alla Corte di concludere che, alla data dell'esame dei fatti da parte di quest'ultima, l'inadempimento persista (...). Quindi, l'irrogazione di una penalità non si giustifica.

(Omissis) In diritto

1. Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di:
- accertare che, non avendo adottato tutti i provvedimenti che l'esecuzione della

* Non ancora pubblicata in *Raccolta*. In argomento v. *infra*, p. 511 ss., la nota di ENRICA ADOBATI e, p. 513 ss., il commento di MARCO BORRACCETTI.

sentenza 26 giugno 2001, *Commissione c. Italia* (causa n. C-212/99, *Raccolta*, I, p. 4923), comporta, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE;

- condannare la Repubblica italiana a pagare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità di EUR 309.750 per giorno di ritardo nell'adozione dei provvedimenti necessari per conformarsi alla citata sentenza *Commissione c. Italia*, e ciò a partire dalla pronuncia della presente sentenza e sino all'esecuzione della detta sentenza *Commissione c. Italia*;

- condannare la Repubblica italiana alle spese.

(*Omissis*)

Sull'inadempimento (*Omissis*)

Giudizio della Corte

25. In via preliminare, occorre ricordare che uno Stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi risultanti dal diritto comunitario (v., in particolare, sentenze *Commissione c. Italia, cit.*, punto 34, e 9 settembre 2004 in causa n. C-195/02, *Commissione c. Spagna, Raccolta*, I, p. 7857, punto 82).

26. Pertanto, non può essere accolto l'argomento fatto valere dalla Repubblica italiana secondo il quale il problema del riconoscimento dei diritti quesiti degli ex lettori dev'essere valutato alla luce del sistema italiano di regolamentazione del rapporto di lavoro, sistema fondato sulla contrattazione collettiva.

27. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, la data di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento ai sensi dell'art. 228 CE si colloca alla scadenza del termine fissato nel parere motivato emesso in forza della detta disposizione (v. sentenze 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, I, p. 6263, punto 30, e 14 marzo 2006 in causa n. C-177/04, *Commissione c. Francia*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 20).

28. Nella fattispecie, è pacifico che alla data di scadenza del termine impartito nel parere motivato del 30 aprile 2003 la Repubblica italiana non aveva ancora adottato tutti i provvedimenti che l'esecuzione della citata sentenza *Commissione c. Italia* comporta.

29. Come risulta dai punti 21 e 22 della citata sentenza *Commissione c. Italia*, il principio di parità di trattamento previsto all'art. 39 CE imponeva che gli ex lettori, che sono stati vincolati da un contratto di lavoro a tempo determinato, conservassero, al momento della sostituzione di tale contratto con un contratto a tempo indeterminato, tutti i loro diritti quesiti sin dalla data della loro prima assunzione. Tale garanzia aveva conseguenze non solo sotto il profilo degli aumenti di retribuzione, ma anche sull'anzianità e sul versamento, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali.

30. Risulta dagli atti che, in esecuzione della citata sentenza *Commissione c. Italia*, la Repubblica italiana ha attuato, in una prima fase, i seguenti provvedimenti:

- all'Università di Milano, un contratto collettivo relativo ai collaboratori ed esperti linguistici, firmato il 27 novembre 1999, aveva previsto che l'attività esercitata da questi ultimi in quanto lettori di lingua straniera dovesse essere presa in considerazione per determinarne la retribuzione. In seguito, tale Università, con lettera 7 maggio 2002, ha informato il Governo italiano del fatto che le retribuzioni dei colla-

boratori ed esperti linguistici erano state aumentate e che gli arretrati di retribuzione erano stati calcolati sulla base di un massimale di 450 ore annue di insegnamento;

- all'Università di Pisa, con decisioni del direttore amministrativo, in data 13 marzo 2002, e del rettore, in data 10 maggio 2002, gli ex lettori beneficiano degli arretrati di retribuzione in base a tre fasce di anzianità;

- una decisione del direttore amministrativo dell'Università «La Sapienza» di Roma, in data 17 maggio 2002, ha stabilito che l'anzianità degli ex lettori fosse calcolata sulla base di 400 ore annue di insegnamento;

- l'Università di Palermo ha annunciato, con lettera 27 maggio 2002, che stava per procedere all'adeguamento della retribuzione degli ex lettori sulla base dei calcoli che erano in corso;

- con decisione del rettore dell'Istituto universitario orientale di Napoli, in data 20 maggio 2002, i collaboratori ed esperti linguistici hanno beneficiato degli arretrati di retribuzione calcolati sulla base di 318 ore annue di insegnamento;

- una decisione del direttore amministrativo dell'Università della Basilicata, in data 22 maggio 2002, ha fissato l'anzianità dei collaboratori ed esperti linguistici in relazione a cinque fasce e ad una base forfetaria di 400 ore annue di insegnamento.

31. Questi provvedimenti non potevano essere considerati come sufficienti né come definitivi ai fini dell'esecuzione della citata sentenza *Commissione c. Italia*, e lo stesso Governo italiano non li ha considerati tali.

32. Si deve pertanto constatare che, nonostante i provvedimenti menzionati al punto 30 della presente sentenza, l'inadempimento persisteva alla data di scadenza del termine impartito nel parere motivato.

33. Poiché la Commissione ha concluso per la condanna della Repubblica italiana al pagamento di una penalità, occorre accertare se l'inadempimento contestato sia perdurato sino all'esame dei fatti da parte della Corte (v. citate sentenze 12 luglio 2005, *Commissione c. Francia*, punto 31, e 14 marzo 2006, *Commissione c. Francia*, punto 21).

34. Il 14 gennaio 2004 la Repubblica italiana ha adottato il decreto legge n. 2/2004 il cui scopo era quello di fornire il quadro normativo e finanziario necessario perché ciascuna delle Università interessate fosse finalmente in grado di procedere alla ricostruzione precisa della carriera degli ex lettori.

35. Il quadro normativo stabilito dal decreto legge n. 2/2004 è fondato su due principi in forza dei quali, salvo trattamenti eventualmente più favorevoli:

- la ricostruzione della carriera degli ex lettori è effettuata prendendo come parametro di riferimento la retribuzione dei ricercatori confermati a tempo parziale;

- tale retribuzione è riconosciuta agli ex lettori proporzionalmente al numero di ore di lavoro fornite, tenendo conto del fatto che l'impegno pieno corrisponde a 500 ore annue di insegnamento.

36. Il criterio delle 500 ore annuali è basato sul numero di ore prestate dai collaboratori ed esperti linguistici (ex lettori), quale previsto dal CCNL per il periodo 1994-1997. Esso risulta essere un criterio oggettivo, che permette di far fronte alle difficoltà inerenti ad una valutazione caso per caso della carriera di tutti gli ex lettori. A questo proposito, basta ricordare che tutte le Università non avevano menzionato l'esistenza di contratti collettivi che stabilissero i criteri necessari per la ricostruzione precisa della carriera degli ex lettori.

37. Per quanto riguarda la scelta della carriera dei ricercatori confermati a tempo

parziale come categoria di lavoratori nazionali di riferimento per la ricostruzione della carriera degli ex lettori, si deve constatare che un'opzione del genere rientra nella competenza delle autorità nazionali. Non risulta dalla citata sentenza *Commissione c. Italia* che la Repubblica italiana sia stata tenuta a identificare una categoria di lavoratori analoga agli ex lettori e ad equiparare completamente il trattamento riservato a questi ultimi a quello di cui beneficia la detta categoria.

38. Alla luce di quanto precede, la Corte non è in grado, sulla base degli elementi forniti dalla Commissione, di constatare il carattere inadeguato dei parametri indicati ai punti 36 e 37 della presente sentenza, tanto più che risulta chiaramente che la loro applicazione non osta a che, in casi particolari, la ricostruzione della carriera degli ex lettori possa essere effettuata sulla base di trattamenti più favorevoli.

39. Non può pertanto ritenersi che il decreto legge n. 2/2004 abbia fornito un quadro normativo scorretto per mettere ciascuna delle Università interessate in grado di procedere alla ricostruzione precisa della carriera degli ex lettori.

40. Resta da verificare se le azioni condotte dalle Università interessate dopo l'adozione del decreto legge n. 2/2004 abbiano raggiunto gli obiettivi annunciati.

41. Secondo la giurisprudenza della Corte, spetta alla Commissione, nell'ambito del presente procedimento, fornire alla Corte gli elementi necessari per stabilire il livello di esecuzione da parte di uno Stato membro di una sentenza di condanna per inadempimento (sentenza 4 luglio 2000 in causa n. C-387/97, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, I, p. 5047, punto 73). Inoltre, dato che la Commissione ha fornito sufficienti elementi da cui risulta la persistenza dell'inadempimento, spetta allo Stato membro interessato contestare in modo approfondito e particolareggiato i dati prodotti e le conseguenze che ne derivano (sentenza 12 luglio 2005, *Commissione c. Francia, cit.*, punto 56).

42. Occorre constatare che, oltre alle dichiarazioni delle Università interessate attestanti che il riconoscimento completo dei diritti quesiti degli ex lettori era stato effettuato, il Governo italiano ha presentato prospetti dettagliati relativi all'attuazione di tale riconoscimento in ciascuna delle dette Università.

43. Certo, le dichiarazioni di pagamento figuranti agli atti sono state prodotte dalle Università e non dai creditori e, nel caso dell'Istituto orientale di Napoli, il versamento è stato fissato ad una data successiva al mese nel corso del quale tale dichiarazione è stata redatta (ottobre 2004).

44. Tuttavia, i dati forniti alla Corte non possono rimettere in discussione le informazioni menzionate al punto 42 della presente sentenza.

45. Di conseguenza, non esistono elementi sufficienti per permettere alla Corte di concludere che, alla data dell'esame dei fatti da parte di quest'ultima, l'inadempimento persista.

46. Quindi, l'irrogazione di una penalità non si giustifica.

47. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve dichiarare che, non avendo assicurato, alla data di scadenza del termine impartito nel parere motivato, il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori, divenuti collaboratori ed esperti linguistici, mentre tale riconoscimento era garantito alla generalità dei lavoratori nazionali, la Repubblica italiana non ha attuato tutti i provvedimenti che l'esecuzione della citata sentenza *Commissione c. Italia* comportava ed è pertanto venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE.

(*Omissis*)

L'annosa questione concernente i lettori di lingua straniera. L'ultima sentenza della Corte di giustizia

L'Italia ha risolto finalmente l'annosa questione¹ concernente il trattamento riservato ai lettori di lingua straniera mediante il decreto legge 29 marzo 2006².

Come è noto, la Corte di giustizia ha dovuto occuparsi in diverse cause delle discriminazioni che i lettori di lingua madre straniera subivano in varie università italiane relativamente al trattamento economico loro riservato.

Per meglio comprendere la questione è necessario ripercorrere le varie fasi nelle quali si è articolata la vicenda.

La prima fase è stata caratterizzata dagli effetti della sentenza della Corte di giustizia nella causa n. C-212/99³ nella quale la Corte ha dichiarato che, non avendo assicurato il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera di sei università italiane, e precisamente: Basilicata, Milano, Palermo, Pisa, La Sapienza di Roma e l'Istituto Universitario Orientale di Napoli (riconoscimento che invece veniva garantito ai cittadini italiani), l'Italia era venuta meno agli obblighi che le incombevano ai sensi delle disposizioni del Trattato Ce, contenute agli artt. 39 ss. in materia di libera circolazione dei lavoratori.

Per conformarsi a tale pronuncia il 14 gennaio 2004 l'Italia ha così adottato una legge⁴ che equipara il precedente *status* dei lettori a quello dei ricercatori a tempo parziale.

Successivamente, in una seconda fase iniziata in data 4 marzo 2004, la Commissione europea, ritenendo che la legge n. 63/2004, sopra citata, non avesse applicato completamente e correttamente la sentenza n. C-212/99 ha presentato un ricorso di inadempimento ex art. 228, n. 2, Ce contro la Repubblica italiana, proponendo l'irrogazione di una sanzione giornaliera e prescrivendo altresì che la sanzione fosse pagata fino a quando non fosse approvato un decreto che applicasse pienamente la sentenza della Corte di giustizia di cui sopra.

Con la sentenza del 18 luglio 2006, sopra riportata, (concernente il ricorso per l'inadempimento di cui sopra, successivo al provvedimento normativo del 2004), per la seconda volta, la Corte di giustizia ha condannato l'Italia per non aver riconosciuto i diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera.

La Corte ha osservato come uno Stato membro non possa eccipire disposizioni o particolari prassi del proprio ordinamento giuridico interno al fine di giustificare l'inosservanza

¹ Le condizioni di impiego dei lettori di lingua straniera sono comunque state oggetto di varie pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nel 1989 e nel 1993 la Corte ha dichiarato che la normativa italiana che limitava la durata del contratto di lavoro dei lettori di lingua straniera era incompatibile con il diritto comunitario. Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 30 maggio 1989 in causa n. 33/88, *Allué e altri c. Università degli Studi di Venezia*, in *Raccolta*, 1989, p. 1591 ss.; del 2 agosto 1993 in cause riunite n. C-259/91, n. C-331/91 e n. C-332/91, *Allué e altri c. Università degli studi di Venezia e altri*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4309 ss. nonché del 20 ottobre 1993 in causa n. C-272/92, *M. C. Spotti c. Freistaat Bayern*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5185. Cfr. A. GRATANI, *La Corte di giustizia a favore dei lettori di lingua madre straniera*, in questa *Rivista*, 1993, p. 631 ss.

² Decreto riguardante gli ex lettori di madre lingua straniera, non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* e, quindi, non ancora in vigore; cfr. *Foro it.*, 2006, IV, c. 565.

³ Sentenza del 26 giugno 2001 in causa n. C-212/99, *Commissione europea c. Italia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4923 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 516 s.

⁴ Convertito in legge n. 63 del 5 marzo 2004, recante disposizioni urgenti relative al trattamento economico dei collaboratori linguistici presso talune Università ed in materia di titoli equipollenti, in *Guri* n. 60 del 12 marzo 2004. Il quadro normativo stabilito da tale normativa è fondato su due principi in forza dei quali, salvo trattamenti eventualmente più favorevoli: - la ricostruzione della carriera degli ex lettori è effettuata prendendo come parametro di riferimento la retribuzione dei ricercatori confermati a tempo parziale; - tale retribuzione è riconosciuta agli ex lettori proporzionalmente al numero di ore di lavoro fornite, tenendo conto del fatto che l'impegno pieno corrisponde a 500 ore annue di insegnamento. Cfr. punto 35 della sentenza in causa n. C-119/04.

degli obblighi derivanti dal diritto comunitario⁵.

La tesi fatta valere dalla Repubblica italiana – non accolta, peraltro, dalla Corte – si basava sul fatto che il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori doveva essere valutato in base al sistema della contrattazione collettiva di regolamentazione dei rapporti di lavoro in Italia⁶.

Inoltre, la Corte di giustizia ha precisato che la data di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento ex art. 228 CE è costituita dalla scadenza del termine fissato nel parere motivato emesso in forza di tale disposizione⁷. Alla data di scadenza del termine previsto nel parere motivato del 30 aprile 2003, l'Italia non aveva ancora adottato tutti i necessari provvedimenti.

A parere della Corte, l'applicazione del principio della parità di trattamento previsto all'art. 39 CE imponeva che gli ex lettori, vincolati da un contratto di lavoro a tempo determinato, conservassero, al momento della sostituzione di tale contratto con un contratto a tempo indeterminato, tutti i diritti quesiti sin dalla data della loro prima assunzione. Tale garanzia aveva conseguenze non solo sotto il profilo degli aumenti di retribuzione, ma anche sull'anzianità e sul versamento, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali.

La Corte ha, tuttavia, respinto la domanda della Commissione volta ad infliggere all'Italia una penalità: «Non può (...) ritenersi che il decreto legge n. 2/2004 abbia fornito un quadro normativo scorretto per mettere ciascuna delle Università interessate in grado di procedere alla ricostruzione precisa della carriera degli ex lettori»⁸.

Nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Miguel Poiares Maduro⁹ era stato suggerito alla Corte di dichiarare che l'Italia non aveva adottato tutte le misure necessarie per conformarsi alla sentenza del giugno 2001, nonché di infliggerle una penalità giornaliera di EUR 265.500 a decorrere dalla pronuncia della sentenza e fino alla completa esecuzione della pronuncia del giugno 2001.

A parere dell'Avvocato Generale, anche se l'Italia gode di un margine di discrezionalità nella valutazione del valore da attribuire alle diverse attività accademiche e didattiche, ogni disparità di trattamento deve essere oggettivamente giustificata e proporzionata. Al punto 31 delle conclusioni si legge, infatti: «La motivazione addotta dal Governo italiano per la disparità di trattamento in esame è che alle attività didattiche e di ricerca svolte dai ricercatori confermati va attribuito maggior valore rispetto alle attività didattiche svolte dagli ex lettori di lingua straniera. Sotto questo profilo si deve lasciare un margine di discrezionalità alle autorità nazionali. Tuttavia, se è vero che alcuni elementi, quale il livello delle qualifiche professionali richieste, possono giustificare un trattamento differenziato, la Repubblica italiana non ha spiegato sufficientemente perché le differenze tra gli ex lettori di lingua straniera e i ricercatori confermati debbano determinare una disparità così ampia in termini di retribuzione arretrata e diritti pensionistici acquisiti»¹⁰.

Infine, con la terza fase, caratterizzata dall'approvazione in data 29 marzo 2006 del dl che apporta alcune modifiche alla precedente legge del 2004, viene sostituito al ricercatore confermato a tempo definito, quale figura di riferimento ai fini del trattamento economico degli ex lettori, il ricercatore confermato a tempo pieno, senza comunque stabilire un rapporto tra tale trattamento e il numero di ore lavorative svolte dall'interessato. Viene così ad essere sanata, ai fini economici, la posizione dei collaboratori linguistici (ex lettori di madre lingua straniera) delle sei università sopra citate.

Enrica Adobati

⁵ Cfr. punto 25 della sentenza in commento e la sentenza del 9 settembre 2004 in causa n. C-195/02, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7857.

⁶ Cfr. punto 26 della sentenza.

⁷ Cfr., in particolare, le sentenze del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6263 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 710 e del 14 marzo 2006 in causa n. C-177/04, *Commissione c. Francia*, inedita in *Raccolta*.

⁸ Cfr. punto 30 della sentenza.

⁹ In data 26 gennaio 2006.

¹⁰ Sulla penalità adeguata e sulla gravità dell'infrazione si rimanda ai punti 33 ss. delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

LA SENTENZA EX ART. 228 CE: IL PERSISTENTE INADEMPIMENTO DI UNO STATO MEMBRO PUÒ NON ESSERE SANZIONATO

1. Con la sentenza in commento la Corte di giustizia affronta per l'ennesima volta la questione della conformità con l'art. 39 CE delle condizioni di impiego dei lettori di lingua straniera nelle università italiane. Tale pronuncia è solo l'ultima di una serie, che ha portato alla constatazione della incompatibilità della norma italiana con l'ordinamento comunitario, nonché al conseguente inadempimento per non averla opportunamente abrogata o modificata¹. Con l'ultima sentenza, rilevante ai fini del procedimento qui esaminato, era stata tra l'altro affermato che l'Italia, «non avendo assicurato il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera, divenuti collaboratori linguistici, riconoscimento invece garantito alla generalità dei lavoratori nazionali», era venuta meno agli obblighi che le incombevano in forza dell'art. 39 CE.

Da un punto di vista istituzionale, invece, la sentenza rileva per un'altra ragione, creando un interessante precedente: nel corso di un procedimento avviato dalla Commissione ai sensi dell'art. 228 CE, pur riconoscendo l'inadempimento italiano, la Corte si limita ad una mera dichiarazione, senza infliggere alcun tipo di sanzione pecuniaria o di penalità, differendosi così anche dalla proposta che aveva fatto l'Avvocato Generale Poiares Maduro nelle conclusioni presentate il 26 gennaio 2006.

Vale dunque la pena individuare le ragioni che hanno portato alla decisione dei giudici, anche al fine di comprendere se si tratta di un *revirement* rispetto alla giurisprudenza esistente ovvero di un semplice completamento del sistema previsto, per l'appunto, dall'art. 228 del Trattato.

2. La previsione della possibilità di infliggere una sanzione pecuniaria, o una penalità, a carico dello Stato colpevole di perseverare nel proprio inadempimento è stata inserita col Trattato di Maastricht, dopo che si era preso

¹ Sentenza del 26 giugno 2001 in causa C-212/99, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4923.

atto che la semplice dichiarazione del reiterato inadempimento non costituisca certo una misura idonea a disincentivare gli Stati in questo tipo di comportamento. La nuova disposizione, in ogni caso, non prevedeva – né tuttora prevede – un automatismo nell'inflizione della misura punitiva, bensì lasciava, da un lato, alla Commissione, la discrezionalità di richiederla e, dall'altro, alla Corte di giustizia, di stabilirne sia l'esistenza che il *quantum*. Nella fissazione di quest'ultimo, è stato in più circostanze ribadito che i giudici potranno ispirarsi, senza però esserne vincolati, allo schema di calcolo stabilito dalla Commissione. Nella propria giurisprudenza, essi hanno comunque fatto propri i criteri utilizzati al fine di stabilire l'opportunità dell'infliggerla e del suo calcolo: la gravità dell'inadempimento, la sua durata anche dopo la sentenza dichiarativa dell'inadempimento, nonché la capacità finanziaria dello Stato membro interessato.

La gravità dell'infrazione deve essere valutata tenendo conto, da un lato, dell'importanza delle disposizioni non osservate, dall'altro delle conseguenze che l'infrazione potrebbe avere sugli interessi privati e pubblici. In tal senso è considerata particolarmente grave la violazione delle norme che definiscono gli obiettivi delle politiche comunitarie, le quattro libertà consacrate dal Trattato o che, infine, sanciscono i diritti fondamentali².

Con riferimento alla durata dell'inadempimento, i giudici hanno sempre sostenuto che la data di riferimento per la sua valutazione si deve collocare alla scadenza del termine fissato nel parere motivato emesso in forza di tale disposizione. Verificato l'inadempimento, si provvederà ad accertare se tale comportamento sia perdurato sino all'esame dei fatti da parte della Corte; pur se il Trattato non specifica un termine entro il quale l'esecuzione della sentenza debba avere luogo, appare corretto ritenere che questo debba avvenire nel minore tempo possibile³.

La Corte di giustizia, in un tempo relativamente recente, ha anche precisato le ipotesi in cui una pena pecuniaria ed una sanzione possano persino cumularsi⁴.

In generale, la penalità rappresenta una misura idonea ad indurre uno Stato membro a porre rimedio ad un'infrazione nel più breve tempo possibile, dopo che la Corte di giustizia ha adottato una sentenza in un procedimento ai sensi dell'art. 228 CE; il suo ammontare andrà calcolato a partire dal momento di tale sentenza di condanna e sino alla completa esecuzione della sentenza d'inadempimento, pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE.

² Sentenza del 4 luglio 2000 in causa C-387/97, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5047.

³ Sentenza in causa C-387/97, *Commissione c. Grecia*, *loc. cit.*

⁴ Sentenza del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6263.

La somma forfetaria, invece, consiste nel pagamento di una somma di denaro *una tantum*⁵ e consiste in una misura afflittiva idonea a colpire l'inadempimento in sé, a prescindere dal momento dell'esatta esecuzione della prima sentenza della Corte; risulta essere particolarmente utile quando lo Stato membro interessato ha provveduto ad eseguirla prima che si arrivi ad una seconda sentenza della Corte. In tal caso, è evidente che la sua funzione appare, verso l'inadempiente, quella di colpire il comportamento contrastante con i doveri che derivano dall'ordinamento comunitario, e, più in generale, come forma dissuasiva e deterrente per ulteriori ipotesi di inottemperanza.

Secondo i giudici, l'applicazione delle due misure dipende dall'idoneità di ciascuna a conseguire l'obiettivo perseguito in relazione alle circostanze del caso di specie. L'imposizione di una penalità dovrebbe dunque spingere uno Stato membro a porre termine, entro il più breve tempo possibile, all'inadempimento che avrebbe la tendenza a persistere; la somma forfetaria poggia sulla valutazione della mancata esecuzione degli obblighi statali verso gli interessi pubblici e privati, in particolare qualora l'inadempimento sia persistito a lungo dopo la sentenza che lo aveva inizialmente accertato. Non si potrà pertanto escludere il ricorso contemporaneo ai due tipi di misura che, anzi, potrà essere previsto proprio in quei casi in cui l'inadempimento, nel contempo, sia perdurato a lungo e tenda a persistere.

3. Nella sentenza in commento i giudici sono chiamati a valutare proprio la persistenza dell'inadempimento italiano al riguardo del ruolo dei lettori stranieri nelle università italiane.

Come detto, la questione è già stata affrontata in più circostanze dalla suprema istanza comunitaria, l'ultima delle quali con la sentenza che aveva accertato l'inadempimento italiano ai sensi dell'art. 226 CE. Permanendo l'Italia nel suo comportamento, la Commissione aveva alla fine deciso di adottare un parere motivato e di ricorrere in ultimo alla Corte di giustizia visto che, a suo dire, l'Italia non aveva dato completa attuazione agli obblighi che le scaturivano dall'ordinamento comunitario e dalla sentenza di inadempimento. In concreto, a seguito della sentenza in causa n. C-212/99, in sede di contrattazione collettiva, ai lettori stranieri impiegati nelle università italiane era stata riconosciuta una struttura retributiva che riconosceva anche l'esperienza acquisita nel corso del tempo. Tali lettori, poi, col d.l. 2/2004, erano stati equiparati alla categoria dei ricercatori confermati a tempo parziale, nonostante il loro impiego fosse a tempo pieno. Secondo la Commissione, oltre a ciò, si doveva anche considerare che le Università italiane non avevano versato tutti gli arretrati e gli aumenti di retribuzione dovuti, oltre che gli importi relativi ai contributi previdenziali cui gli ex lettori avrebbero avuto diritto.

⁵ MORI, art. 228 CE, in TIZZANO (a cura di), *Trattato dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

Non ritenendo che, con le disposizioni adottate, l'Italia avesse rimediato all'inadempimento dichiarato dalla Corte, la Commissione aveva – in un primo tempo – adottato un parere motivato e, successivamente, proposto ricorso alla Corte di giustizia affinché venisse riconosciuto il permanere dell'inadempimento e fosse inflitta all'Italia una sanzione pecuniaria adeguata.

Sembra opportuno puntualizzare che la sentenza riconosce la permanenza dell'inadempimento italiano, visto che i giudici osservano che non sono stati attuati «tutti i provvedimenti che l'esecuzione della citata sentenza *Commissione c. Italia* comportava»; ciononostante, la Corte non infligge una sanzione pecuniaria e nemmeno una penalità.

Ad una prima veloce lettura, potrebbe sembrare che, alla base di questa scelta, ci sia intanto il fatto che l'inadempimento contestato, benché persistesse anche in un tempo successivo al termine fissato nel parere motivato, non sia durato sino all'esame dei fatti da parte della Corte. In realtà, visto che il decreto legge è adottato il 14 gennaio 2004 mentre il ricorso è proposto il 4 marzo successivo, questo non emerge da una lettura approfondita del testo della sentenza. Inoltre, dal testo della sentenza non si comprende nemmeno se il decreto sia poi decaduto oppure sia stato convertito in legge, con o senza modificazioni; cosa effettivamente avvenuta con la legge 5 marzo 2004, n. 63.

In secondo luogo, i giudici dichiarano di non essere in grado – in forza degli elementi forniti dalla Commissione – di constatare l'eventuale inadeguatezza delle misure adottate dall'Italia; infine, basandosi sulle dichiarazioni dei rettori delle università italiane, peraltro fumose e spesso contenenti solo affermazioni di mero principio, la Corte sembra ritenere raggiunti gli obiettivi enunciati nel decreto, ivi compreso l'adempimento alla sentenza in causa n. C-212/99. Secondo i giudici non ci sono elementi tali da porre in discussione quest'assunto anche se, nelle stesse motivazioni, lascia spazio a più di una perplessità. Infatti, viene compiuto un preciso riferimento a che non vi siano conferme da parte degli interessati dell'aver veduto effettivamente riconosciuti i propri diritti; in un caso, poi, lo stesso adempimento risulta previsto non solo posteriormente alla dichiarazione del rettore interessato, ma anche all'inizio dello stesso procedimento intentato innanzi alla suprema istanza comunitaria.

In ogni modo, ritenendo di non avere elementi tali da dimostrare la persistenza dell'inadempimento, i giudici concludono nel senso che l'irrogazione di una penalità non sarebbe giustificata⁶.

4. La sentenza della Corte di giustizia non appare del tutto convincente.

Infatti, pur se viene accertato il fatto che l'inadempimento italiano persiste nel tempo, anche dopo la scadenza di quanto fissato nel secondo parere motivato, sembra ci si concentri sulla permanenza dell'inadempimento al mo-

⁶ Punto 46 della sentenza in commento.

mento della trattazione dei fatti da parte della Corte e se, in un primo tempo, sembra che sia già terminato, nel corso dello stesso sviluppo argomentativo si comprende che solo in un congruo momento successivo forse questo ha cessato di esistere. Pur tuttavia, appare certo che la Corte non ha considerato sufficienti gli elementi portati innanzi al suo cospetto dalla Commissione, anche se gli stessi elementi erano risultati sufficienti all'Avvocato Generale Poiars Maduro, nelle proprie conclusioni, per proporre una decisione in senso diametralmente opposto.

Ci si chiede, però, se il comportamento italiano non giustificasse già di per sé l'inflettere la misura sanzionatoria, ovvero se – da un punto di vista più generale – per arrivare alla misura sanzionatoria non possa essere sufficiente l'inadempimento reiterato e mantenuto fino a oltre la scadenza del secondo parere motivato, potendo poi calibrare l'entità della misura sanzionatoria in base al periodo di tempo trascorso tra la scadenza del detto termine e l'effettivo adempimento statale.

Questa in realtà sembrerebbe l'interpretazione della norma maggiormente auspicabile, nel senso che un siffatto tipo di comportamento dovrebbe essere colpito in quanto tale, ritenendo la misura della sanzione una misura afflittiva idonea a scoraggiare il comportamento statale contrario ai doveri derivanti dall'ordinamento comunitario. Diversamente, gli Stati si potrebbero sentire maggiormente autorizzati a differire nel tempo l'ottemperanza agli obblighi comunitari, con inevitabile conseguenza – tra le altre – sull'uniforme applicazione territoriale del diritto comunitario.

Marco Borraccetti

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA IL CORRISPETTIVO DELLE FERIE ANNUALI INCLUSO NELLA PAGA GIORNALIERA O ORARIA È CONTRARIO ALLA DIRETTIVA SULL'ORARIO DI LAVORO

Corte di giustizia

Sentenza del 16 marzo 2006 in cause riunite n. C-131/04 e n. C-257/04

C. D. Robinson-Steele (causa n. C-131/04) c. R. D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke (causa n. C-257/04) c. Frank Staddon Ltd, e J. C. Caulfield, C. F. Caulfield, K. V. Barnes c. Hanson Clay Products Ltd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori - Direttiva n. 93/104/Ce - Diritto a ferie annuali retribuite - Inclusione del pagamento delle ferie annuali nella paga oraria o giornaliera ("rolled-up holiday pay") - Contrarietà alla direttiva sull'orario di lavoro.

L'art. 7, n. 1, della direttiva del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, osta a che una parte della paga versata al lavoratore per il lavoro svolto sia imputata al pagamento delle ferie annuali senza che il lavoratore percepisca, a tale titolo, un pagamento aggiuntivo a quello versato per il lavoro svolto. Non si può derogare a tale diritto con un accordo contrattuale¹.

L'art. 7 della direttiva n. 93/104/Ce osta a che il pagamento delle ferie annuali minime ai sensi di tale disposizione sia effettuato mediante versamenti parziali scaglionati nel corrispondente periodo annuale di lavoro e pagati insieme alla retribuzione per il lavoro svolto, e non mediante un versamento per un periodo determinato durante il quale il lavoratore prende effettivamente le ferie².

* A cura di ENRICA ADOBATI.

L'art. 7 della direttiva n. 93/104/Ce non osta, in linea di principio, a che somme pagate, in modo trasparente e comprensibile, come retribuzione delle ferie annuali minime ai sensi di tale disposizione mediante versamenti parziali scaglionati nel corrispondente periodo annuale di lavoro e pagati insieme alla retribuzione per il lavoro svolto siano imputate al pagamento di determinate ferie che sono state effettivamente prese dal lavoratore³.

¹⁻³ L'art. 7 della direttiva n. 93/104/Ce, sull'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Guce* n. L 307 del 1993, p. 18) prevede che: «1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali. 2. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro». Gli Stati membri hanno, inoltre, la facoltà di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

La direttiva è stata recepita nell'ordinamento britannico con il regolamento del 1998 sull'orario di lavoro (*Working Time Regulations* 1998, S.I. 1998, n. 1833), che è entrato in vigore il 1° ottobre 1998. Sul pagamento per i periodi di ferie godute, il regolamento prevede che la retribuzione contrattuale versata al lavoratore per un periodo di ferie libera il datore di lavoro dall'obbligo di retribuire il lavoratore per tale periodo; di contro, la retribuzione versata per un periodo di ferie libera il datore di lavoro dall'obbligo di versare la retribuzione contrattuale per tale periodo.

La sentenza, sopra massimata, ha avuto per oggetto l'interpretazione dell'art. 7 della direttiva nell'ambito di una controversia concernente il pagamento delle ferie annuali mediante l'inclusione della loro retribuzione nella paga oraria o giornaliera, regime denominato: «*rolled-up holiday pay*».

I ricorrenti hanno prestato la loro attività lavorativa subordinata presso diverse imprese. Essi hanno ricevuto il pagamento delle ferie attraverso il regime «*rolled-up holiday pay*», ossia, anziché ricevere il pagamento delle ferie a titolo di un determinato periodo di ferie, la retribuzione delle stesse è stata inclusa nella paga oraria.

I lavoratori hanno adito l'Employment Tribunal, il Tribunale del lavoro, sostenendo l'illegittimità della clausola «*rolled-up holiday pay*» e chiedendo il pagamento delle ferie annuali.

Successivamente, l'Employment Tribunal, adito dal signor Robinson-Steele, e la Court of Appel, adita dai signori Clarke, C. F. Caulfield, J. C. Caulfield e Barnes (il giudice di primo grado da loro adito aveva respinto il ricorso), hanno sospeso il procedimento e si sono rivolti alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la clausola «*rolled-up holiday pay*» contrasti con la direttiva sull'orario di lavoro in quanto il pagamento delle ferie annuali minime veniva effettuato mediante versamenti parziali distribuiti nel corso del corrispondente anno di lavoro e, conseguentemente, pagati insieme alla retribuzione per il lavoro svolto, e non mediante un versamento per un periodo determinato durante il quale il lavoratore ha preso effettivamente ferie.

La Corte ha osservato come il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite sia un principio fondamentale nel diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla stessa direttiva (cfr. sentenza del 26 giugno 2001 in causa n. C-173/99, *BECTU*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4881, e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 339). Il pagamento delle ferie consente al lavoratore di prendere effettivamente le ferie cui ha diritto. Infatti, l'espressione «ferie annuali retribuite», contenuta nella direttiva, significa che il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria per il periodo di riposo.

Ne consegue che contrasta con la direttiva, la prassi secondo la quale una parte della retribuzione versata al lavoratore per il lavoro svolto risulti imputata al pagamento delle ferie annuali senza che il lavoratore percepisca, a tale titolo, un pagamento aggiuntivo a quello

versato per l'attività svolta. A tale diritto non si può derogare neppure con un accordo contrattuale.

Sulle modalità con le quali deve essere effettuato il pagamento delle ferie annuali, la Corte precisa che nella direttiva non esiste alcuna disposizione che fissi espressamente il momento in cui deve essere effettuato il pagamento delle stesse.

Come sopra precisato, ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali.

Secondo la Corte, dalla direttiva si evince che il momento in cui vengono pagate le ferie annuali deve essere stabilito in maniera tale che, in occasione delle ferie stesse, il lavoratore, relativamente alla retribuzione, sia messo in una situazione paragonabile a quella dei periodi di lavoro. Ne consegue che il pagamento delle ferie annuali attraverso il sistema denominato «*rolled-up holiday pay*» contrasta con la direttiva n. 93/104/Ce. Con tale sistema, infatti, si rischia di dar vita a situazioni in cui il periodo minimo di ferie annuali retribuite sia sostituito da un'indennità finanziaria, ciò che è vietato dall'art. 7, n. 2.

Infine, la Corte ha dovuto risolvere un altro problema: cioè se i pagamenti per periodi minimi di ferie annuali già corrisposti nel quadro del sistema «*rolled-up holiday pay*» ossia, nell'ambito di un regime contrario alla direttiva, possano essere imputati al pagamento di un determinato periodo nel corso del quale il lavoratore ha goduto delle ferie. Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che la direttiva consente di attuare una pratica secondo la quale le somme che si aggiungono alla paga corrisposta per il lavoro svolto e che sono state pagate in modo trasparente e comprensibile, come retribuzione delle ferie, possono venire imputate al pagamento di determinate ferie.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA CHE PER LE CURE PRESTATE IN UN ALTRO STATO MEMBRO SONO RIMBORSABILI SOLO LE SPESE SOSTENUTE IN OSPEDALE E NON QUELLE PER IL TRASFERIMENTO E IL SOGGIORNO

I

Corte di giustizia

Sentenza del 15 giugno 2006 in causa n. C-466/04

Manuel Acereda Herrera c. Servicio Cántabro de Salud

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Sicurezza sociale - Assicurazione malattia - Spese ospedaliere sostenute in un altro Stato membro - Spese di trasferimento, di soggiorno e di vitto - Interpretazione dell'art. 22 del regolamento Cee n. 1408/71 - Rimborso delle spese sostenute in un altro Stato membro per le prestazioni di carattere ospedaliero.

Gli artt. 22, nn. 1, lett. c., e 2, nonché 36 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 e aggiorna-

to dal regolamento Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118, debbono essere interpretati nel senso che non conferiscono all'affiliato, autorizzato dall'istituzione competente a recarsi in un altro Stato membro per ivi ricevere cure ospedaliere appropriate al suo stato di salute, un diritto ad ottenere dalla detta istituzione il rimborso delle spese di trasferimento, di soggiorno e di vitto sostenute nel territorio di tale Stato membro da lui stesso e dalla persona che l'ha accompagnato, fatta eccezione per le spese di soggiorno e di vitto dell'affiliato medesimo nell'istituto ospedaliero¹.

Una normativa nazionale che preveda un diritto a prestazioni ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 22, n. 1, del regolamento n. 1408/71, come modificato e aggiornato dal regolamento n. 118/97, nel caso contemplato alla lett. a. del detto par. 1, ma non in quello contemplato alla lett. c. del medesimo paragrafo, non pregiudica l'efficacia diretta di tale disposizione e non viola il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 10 CE².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04

The Queen su richiesta di Watts c. Bedford Primary Care Trust e altro

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Sicurezza e previdenza sociale - Sistema sanitario nazionale finanziato dallo Stato - Spese mediche effettuate in un altro Stato membro - Artt. 48, 50 e 152, n. 5, CE - Interpretazione dell'art. 22 del regolamento Cee n. 1408/71 - Tempi d'attesa per ricevere cure mediche - Sistema sanitario nazionale - Valutazione delle condizioni mediche dei soggetti malati - Rimborso di spese non autorizzate.

L'art. 22, n. 2, secondo comma, del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118/97, deve essere interpretato nel senso che, per essere legittimata a rifiutare l'autorizzazione di cui al n. 1, lett. c., sub i., di tale articolo per un motivo relativo all'esistenza di un tempo di attesa per un trattamento ospedaliero, l'istituzione competente è tenuta a stabilire che tale tempo non superi il periodo accettabile in base ad una valutazione medica oggettiva dei bisogni clinici dell'interessato, alla luce del complesso dei parametri che caratterizzano la sua situazione clinica al momento in cui la domanda di autorizzazione è proposta o, eventualmente, rinnovata³.

L'art. 49 CE si applica ad una situazione in cui una persona, il cui stato di salute necessita cure ospedaliere, si reca in un altro Stato membro e ivi riceve tali cure dietro corrispettivo, senza che ci sia bisogno di esaminare se le prestazioni di cure ospedaliere fornite nell'ambito del sistema nazionale cui appartiene tale persona costituiscano esse stesse servizi ai sensi delle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi⁴.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che non osta a che l'assunzione degli oneri di cure ospedaliere previste in un istituto situato in un altro Stato membro dipenda dal conseguimento di una previa autorizzazione dell'istituzione competente⁵.

Un rifiuto di autorizzazione preliminare non può essere fondato sulla sola esistenza di liste d'attesa destinate a programmare e a gestire l'offerta ospedaliera in funzione di priorità cliniche prestabilite in termini generali, senza che si sia proceduto ad una valutazione medica oggettiva della situazione clinica del paziente, della sua anamnesi, dell'eventuale decorso della sua malattia, dell'intensità del suo dolore e/o della natura della sua infermità al momento della presentazione o del rinnovo della domanda di autorizzazione⁶.

Quando il lasso il tempo che deriva da tali liste d'attesa risulta eccedere il tempo accettabile tenuto conto di una valutazione medica oggettiva degli elementi citati, l'istituzione competente non può rifiutare l'autorizzazione sollecitata fondandosi su motivi relativi all'esistenza di tali liste d'attesa, ad un preteso pregiudizio nei confronti del normale ordine delle priorità collegato al rispettivo grado d'urgenza dei casi da trattare, alla gratuità delle cure ospedaliere dispensate nell'ambito del sistema nazionale in questione, all'obbligo di prevedere modalità finanziarie specifiche ai fini dell'assunzione degli oneri del trattamento previsto in un altro Stato membro e/o ad un confronto dei costi di tale trattamento e di quelli di un trattamento equivalente nello Stato membro competente⁷.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui la normativa dello Stato membro competente preveda la gratuità dei trattamenti ospedalieri erogati nell'ambito di un servizio sanitario nazionale, e in cui la normativa dello Stato membro, nel quale un paziente appartenente al detto servizio è stato o avrebbe dovuto essere autorizzato a ricevere un trattamento ospedaliero a spese di tale servizio, non preveda un'assunzione integrale del costo del detto trattamento, deve essere concesso a tale paziente, da parte dell'istituzione competente, un rimborso corrispondente alla differenza eventuale tra, da una parte, l'importo del costo, oggettivamente quantificato, di un trattamento equivalente in un istituto del servizio di cui trattasi, non eccedente, se del caso, la misura dell'importo globale fatturato per il trattamento offerto nello Stato membro di soggiorno, e, dall'altra, l'importo per cui l'istituzione di tale ultimo Stato è tenuta ad intervenire, ai sensi dell'art. 22, n. 1, lett. c., sub i., del regolamento n. 1408/71, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento n. 118/97, per conto dell'istituzione competente, in

*applicazione delle disposizioni della normativa di tale Stato membro*⁸.

*L'art. 22, n. 1, lett. c., sub i., del regolamento n. 1408/71 deve essere interpretato nel senso che il diritto che esso conferisce al paziente di cui trattasi verte esclusivamente sulle spese collegate alle cure sanitarie ottenute da tale paziente nello Stato membro di soggiorno, vale a dire, per quanto riguarda cure di natura ospedaliera, i costi delle prestazioni mediche propriamente dette nonché le spese, indissociabilmente collegate, relative al soggiorno dell'interessato nell'istituto ospedaliero*⁹.

L'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che un paziente che è stato autorizzato a recarsi in un altro Stato membro per ivi ricevere trattamenti ospedalieri o che ha subito un rifiuto di autorizzazione che successivamente è giudicato infondato è legittimato a reclamare all'istituzione competente l'assunzione delle spese supplementari collegate a tale trasferimento transfrontaliero per scopi medici solo se la normativa dello Stato membro competente impone al sistema nazionale un obbligo di assunzione degli oneri corrispondente nell'ambito di un trattamento offerto in un istituto locale del detto sistema.

*Non viola l'art. 152, n. 5, CE l'obbligo per l'istituzione competente, a tenore sia dell'art. 22 del regolamento n. 1408/71, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento n. 118/97, sia dell'art. 49 CE, di autorizzare un paziente che appartiene al servizio sanitario nazionale di ottenere, a carico della detta istituzione, un trattamento ospedaliero in un altro Stato membro quando il tempo di attesa eccede il tempo accettabile in base ad una valutazione medica oggettiva dello stato e dei bisogni clinici del paziente interessato*¹⁰.

¹⁻¹⁰ La Corte di giustizia, che più volte ha chiarito i casi in cui le autorità nazionali sono tenute ad autorizzare un trattamento ospedaliero all'estero, con la prima delle due sentenze sopra massimate, in causa n. C-466/04, ha precisato quali spese possono essere rimborsate con riferimento a cure ospedaliere effettuate in uno Stato membro diverso da quello della propria residenza.

La Corte di giustizia si è pronunciata in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 22 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 (in *Guce* n. L 149 del 1971, p. 2, come modificato e aggiornato dal regolamento Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118, in *Guce*, n. L 28 del 1997, p. 1) nell'ambito di una causa insorta tra il signor Acereda Herrera, lavoratore autonomo e residente in Spagna e il Servizio sanitario pubblico della *Comunità autonoma di Cantabria* (SCS), concernente il rifiuto di quest'ultimo di rimborsare le spese di spostamento, soggiorno e mantenimento del ricorrente e del familiare che lo accompagnava, relative a cure ospedaliere ricevute in Francia, a Parigi.

Nel luglio 2002, il ricorrente era stato ricoverato con urgenza in un istituto ospedaliero del SCS, dove gli era stata diagnosticata una grave malattia. Successivamente, il signor Acereda Herrera chiedeva all'istituzione competente il rilascio del formulario E 112 per poter essere curato in un ospedale in Francia. In seguito al rilascio di tale formulario il SCS ha preso a carico il costo delle cure ospedaliere prestate in Francia. Essendosi recato in Francia più volte con la propria famiglia, il ricorrente chiedeva, altresì, il rimborso delle spese di viaggio, di soggiorno e di vitto. Il SCS respingeva tale richiesta e il signor Acereda Herrera proponeva così un ricorso contro tale decisione di diniego dinanzi al giudice spagnolo di primo grado che respingeva il ricorso.

La sentenza di diniego veniva appellata e il Tribunal Superior de Justicia de Cantabria decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire *in primis* se, ai sensi del regolamento n. 1408/71, il soggetto che è stato autorizzato dall'istituzione competente a recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevere cure mediche abbia diritto al rimborso delle spese mediche sostenute connesse al trasferimento, al soggiorno e al vitto.

La Corte di giustizia, in proposito, ha osservato come la caratteristica essenziale delle «prestazioni in natura» di cui al regolamento n. 1408/71 è quella di essere «destinate a coprire cure ricevute dall'assicurato», mediante l'assunzione a carico o il rimborso delle «spese di natura medica» connesse allo stato dell'assicurato (cfr., con riferimento all'assicurazione sociale contro il rischio di non autosufficienza, la sentenza del 5 marzo 1998 in causa n. C-160/96, *Molenaar*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 843 e la sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; cfr., inoltre, le sentenze del 12 luglio 2001 in causa n. C-368/98, *Vanbraekel e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5363 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 689 e del 23 ottobre 2003 in causa n. C-56/01, *Inizan*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12403).

La Corte di giustizia ricava dalla propria giurisprudenza in materia che la nozione di «prestazioni in denaro» include prestazioni a carattere periodico volte a procurare un reddito sostitutivo o un sostegno economico destinati a mantenere il livello di vita della persona malata e dei membri della propria famiglia. Per contro, in tale nozione non rientrano le spese già effettuate, quali le spese accessorie di cui si discute.

L'art. 22, n. 1 del regolamento consente al soggetto di potersi recare all'estero, nonché di poter beneficiare delle prestazioni in natura a causa di una malattia, ma nulla precisa in ordine al rimborso da parte degli Stati membri, in base alle tariffe in vigore nello Stato competente, delle spese sostenute in occasione di cure fornite in un altro Stato membro (cfr., in proposito, le sentenze del 28 aprile 1998 in causa n. C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 55).

Pertanto, le spese alle quali ha diritto il soggetto, ai sensi della normativa comunitaria, non possono ricomprendere i rimborsi spese per i trasferimenti, per il soggiorno e per il vitto del paziente e dei familiari, ma solamente le spese di soggiorno e di vitto dell'iscritto medesimo nell'istituto ospedaliero (la Corte di giustizia ha così aderito alle conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed presentate il 19 gennaio 2006: «Dalla chiara formulazione dell'art. 22 del regolamento n. 1408/71 discende che il diritto dei singoli è limitato alle cure mediche durante un soggiorno temporaneo in un altro Stato membro. Tale disposizione non prende in considerazione la questione delle spese complementari, quali quelle di spostamento, soggiorno e mantenimento, sopportate in relazione a cure mediche all'estero. Inoltre, il meccanismo creato dall'art. 22 congiuntamente all'art. 36 del regolamento, prevede che solo i costi dell'assistenza medica siano oggetto di rimborso diretto tra le istituzioni, alle tariffe in vigore nello Stato membro di assistenza. Il rimborso delle spese complementari è pertanto una questione di diritto nazionale. Tali spese possono essere domandate solo nella misura in cui il diritto al rimborso sussiste ai sensi del diritto nazionale», par. 29 delle conclusioni).

In precedenza, con la sentenza del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, la Corte di giustizia, sempre nell'ambito di un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione del regolamento Cee n. 1408/71, aveva affermato l'esistenza di una procedura semplificata per ottenere il rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Stato membro quando le strutture nazionali non siano in grado di fornire la prestazione in tempi ragionevoli.

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia sorta dal rifiuto del Bedford Primary Care Trust di rimborsare il costo di un trattamento ospedaliero ricevuto in Francia dalla signora Watts, residente in Gran Bretagna. Instauratosi un contenzioso a livello nazionale (basato soprattutto sulla determinazione del tempo di attesa applicabile ai sensi del diritto nazionale che costituisce un elemento rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 49 CE ed un elemento d'importanza fondamentale nel contesto dell'art. 22 del regolamento n. 1408/71), la Court of Appeal (England & Wales), Civil Division, si è rivolta alla Corte di giustizia.

In sostanza, l'autorizzazione (ottenibile tramite il modulo E-111) per recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevere cure mediche non può essere negata se il trattamento medico

necessario viene corrisposto nello Stato di residenza del paziente con notevole ritardo. In questo caso, il sistema sanitario nazionale è obbligato a rimborsare al paziente tutte le spese sostenute.

La Corte di giustizia ha precisato i criteri in base ai quali l'istituzione nazionale è legittimata a rifiutare l'autorizzazione: il tempo in cui il trattamento ospedaliero richiesto dallo stato di salute del paziente può essere ottenuto in un istituto del sistema nazionale di cui trattasi non deve eccedere il termine accettabile. Tale termine sarà determinato alla luce di una valutazione medica obiettiva dei bisogni clinici dell'interessato in base alla sua situazione clinica, alla sua anamnesi, al probabile decorso della sua malattia, all'intensità del suo dolore e/o alla natura della sua infermità al momento in cui l'autorizzazione è chiesta.

L'autorizzazione preliminare, quale condizione per l'assunzione finanziaria da parte del sistema sanitario nazionale, pur costituendo un ostacolo alla libera prestazione di servizi (cfr. sentenze del 5 ottobre 1994 in causa n. C-381/93, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5145 e del 28 aprile 1998 in causa n. C-158/96, *Kohll, cit.*, e del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Schmits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 690), può essere giustificata, a parere della Corte di giustizia, da ragioni imperative.

Tuttavia, l'istituzione competente non può rifiutare l'autorizzazione fondandosi su motivi relativi all'esistenza di tali liste d'attesa, ad un preteso pregiudizio nei confronti del normale ordine delle priorità collegate al rispettivo grado d'urgenza dei casi da trattare, alla gratuità delle cure ospedaliere dispensate nell'ambito del sistema nazionale in questione, all'obbligo di prevedere modalità finanziarie specifiche ai fini dell'assunzione degli oneri del trattamento previsto in un altro Stato membro e/o ad un confronto dei costi di tale trattamento e di quelli di un trattamento equivalente nello Stato membro competente. Ne consegue che, nel caso *de quo*, le autorità nazionali devono assumersi gli oneri finanziari nei confronti dei pazienti le cui cure ospedaliere verrebbero fornite in un tempo non sopportabile sotto il profilo clinico.

Infine, la Corte ha chiarito le modalità di rimborso dei costi relativi al trattamento medico ricevuto, nonché al rimborso delle spese di viaggio e di alloggio. Con riguardo alle prime è stato precisato che il paziente che ha ricevuto l'autorizzazione richiesta, è legittimato ad ottenere il costo del trattamento secondo le regole previste nel Paese in cui egli si è recato. Relativamente alle spese di viaggio e di alloggio, la Corte ha precisato che l'obbligo che incombe all'istituzione competente ai sensi degli artt. 22 e 36 del regolamento n. 1408/71 verte esclusivamente sulle spese collegate alle cure sanitarie ottenute dal paziente nello Stato membro in cui si è recato, vale a dire, per quanto riguarda cure di natura ospedaliera, i costi delle prestazioni mediche propriamente dette, nonché le spese, legate al soggiorno dell'interessato nell'istituto ospedaliero per le esigenze del suo trattamento (cfr. sentenza *Molenaar, cit.*). Nel caso di specie, è compito del giudice del rinvio verificare se la normativa britannica preveda l'assunzione delle spese accessorie collegate ad un tale trasferimento all'interno del Regno Unito (cfr., in tal senso, la sentenza del 18 marzo 2004 in causa n. C-8/02, *Leichtle*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2641).

LA CORTE DI GIUSTIZIA RESPINGE IL RICORSO CONTRO LA DIRETTIVA N. 2003/86/CE SUL DIRITTO AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE DEI CITTADINI DEI PAESI TERZI

Corte di giustizia

Sentenza del 27 giugno 2006 in causa n. C-540/03

Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea

Art. 230 CE - Ricorso d'annullamento - Politica di immigrazione - Diritto al ricongiungimento familiare dei figli minori di cittadini di Paesi terzi - Direttiva del Consiglio del 22 settembre 2003, n. 2003/86/Ce - Tutela dei diritti fondamentali - Diritto al rispetto della vita familiare - Obbligo di prendere in considerazione l'interesse del figlio minore - Ricevibilità di un'impugnazione parziale - Periodo di attesa - Criteri di integrazione sociale - Infondatezza del ricorso.

(...) l'art. 4, n. 1, ultimo comma, della direttiva non può essere considerato in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare. Infatti, nel contesto della direttiva, che impone agli Stati membri obblighi positivi precisi, la detta disposizione mantiene a favore degli Stati stessi un potere discrezionale limitato, non diverso da quello riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella propria giurisprudenza in materia di diritto al rispetto della vita familiare, ponderando, in ogni singola fattispecie concreta, gli interessi in gioco¹.

Non risulta che la disposizione impugnata (art. 4, n. 6.) violi il diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 della CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'art. 4, n. 6, della direttiva attribuisce, infatti, agli Stati membri la facoltà di riservare l'applicazione dei requisiti del ricongiungimento familiare previsti dalla direttiva alle domande proposte prima che i minori abbiano raggiunto l'età di 15 anni. Tale disposizione non può essere tuttavia interpretata nel senso che essa vieterebbe agli Stati membri di prendere in considerazione una domanda relativa ad un minore di età superiore a 15 anni ovvero che li autorizzerebbe a non farlo².

L'art. 8 della direttiva non produce (...) l'effetto di impedire qualsiasi ricongiungimento familiare, bensì mantiene a favore degli Stati membri un margine di discrezionalità limitato, consentendo loro di assicurarsi che il ricongiungimento familiare abbia luogo in condizioni favorevoli, dopo un periodo di soggiorno sufficientemente lungo nello Stato membro ospitante da parte del soggiornante per poter presumere un insediamento stabile e un certo livello di integrazione. Pertanto, il fatto che uno Stato membro prenda in considerazione tali elementi e la facoltà di differire il ricongiungimento familiare di due anni o, a seconda i casi, di tre anni non si pone in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare sancito, in particolare, dall'art. 8 della CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³.

Il ricorso è respinto⁴.

¹⁻⁴ La sentenza sopra massimata è scaturita da un ricorso promosso dal Parlamento europeo con il quale è stato posto in discussione l'art. 4, n. 1, ultimo comma, e n. 6, e l'art. 8 della direttiva n. 2003/86/Ce, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (in *Guce* n. L 251 del 2003, p. 12). La direttiva, infatti, non disciplina il ricongiungimento familiare in modo generale, ma solamente i diritti delle famiglie delle quali non faccia parte un cittadino dell'Unione europea.

L'art. 4, n. 1, della direttiva prevede sostanzialmente che gli Stati membri autorizzino

l'ingresso ed il soggiorno dei coniugi e dei figli minori. Tuttavia, gli Stati membri hanno la possibilità di imporre condizioni aggiuntive per il ricongiungimento dei figli che abbiano superato i dodici anni: «In deroga alla disposizione che precede, qualora un minore abbia superato i dodici anni e giunga in uno Stato membro indipendentemente dal resto della sua famiglia, quest'ultimo, prima di autorizzarne l'ingresso ed il soggiorno ai sensi della presente direttiva, può esaminare se siano soddisfatte le condizioni per la sua integrazione richieste dalla sua legislazione in vigore al momento dell'attuazione della presente direttiva» e ai sensi dell'art. 4, n. 6, della direttiva, il diritto al ricongiungimento familiare dei figli minori non trova applicazione, qualora la relativa domanda venga presentata dopo che questi abbiano superato il quindicesimo anno d'età: «In deroga alla disposizione precedente gli Stati membri possono richiedere che le domande riguardanti il ricongiungimento familiare di figli minori debbano essere presentate prima del compimento del quindicesimo anno d'età, secondo quanto previsto dalla loro legislazione in vigore al momento dell'attuazione della presente direttiva. Ove dette richieste vengano presentate oltre il quindicesimo anno d'età, gli Stati membri che decidono di applicare la presente deroga autorizzano l'ingresso ed il soggiorno di siffatti figli per motivi diversi dal ricongiungimento familiare».

L'art. 8 della direttiva n. 2003/86/Ce consente di fissare periodi di attesa: «Gli Stati membri possono esigere che il soggiornante, prima di farsi raggiungere dai suoi familiari, abbia soggiornato legalmente nel loro territorio per un periodo non superiore a due anni. In deroga alla disposizione che precede, qualora, in materia di ricongiungimento familiare, la legislazione in vigore in uno Stato membro al momento dell'adozione della presente direttiva tenga conto della sua capacità d'accoglienza, questo Stato membro può prevedere un periodo di attesa non superiore a tre anni tra la presentazione della domanda di ricongiungimento ed il rilascio del permesso di soggiorno ai familiari».

Il Parlamento europeo, ritenendo che le disposizioni sopra menzionate fossero contrarie ai diritti fondamentali, in particolare al rispetto della vita privata e familiare contenuto nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (di seguito abbreviata: CEDU) e al principio di non discriminazione (art. 14 CEDU e art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) ha proposto un ricorso di annullamento ex art. 230 CE chiedendo l'annullamento dell'art. 4, nn. 1, ultimo comma, e 6, nonché dell'art. 8 della direttiva n. 2003/86/Ce.

La Corte di giustizia ha osservato come l'art. 8 CEDU sia stato interpretato dalla Corte come comprensivo del diritto al ricongiungimento familiare (cfr., in proposito, le sentenze dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e del 23 settembre 2003 in causa n. C-109/01, *Akrich*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9607). Il medesimo principio è contenuto nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, con riguardo alla quale il Parlamento ha sottolineato che, contenendo un elenco dei diritti fondamentali esistenti ancorché priva di effetti giuridici vincolanti, essa costituisce tuttavia un indice utile ai fini dell'interpretazione delle disposizioni della CEDU. Il Parlamento ha fatto riferimento, altresì, all'art. 24 della Carta, relativo ai diritti dei minori, nel quale è precisato che «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente» (n. 2) ed, inoltre, che «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse» (n. 3). Il Consiglio, tuttavia, ha sottolineato l'irrelevanza dell'esame del ricorso alla luce della Carta, tenuto conto che essa non costituisce una fonte di diritto comunitario.

La Corte di giustizia, *in primis*, ha osservato che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali essa garantisce l'osservanza. Infatti, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, in proposito, un particolare significato (cfr., sentenza del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925; parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1759; sentenze 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*, 2001, I, p. 9011; del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 558 nonché del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I,

p. 9609 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 87).

Sull'esame dell'art. 4, n. 1, ultimo comma, della direttiva, la Corte di giustizia, ha sottolineato come dalle disposizioni della CEDU richiamate, nonché dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi* emerga l'importanza, per il minore, della vita familiare e come si invitino gli Stati membri a prendere in considerazione l'interesse dello stesso minore, senza far sorgere a favore dei familiari il diritto soggettivo ad essere ammessi nel territorio di uno Stato. Tuttavia, tali disposizioni non possono essere interpretate nel senso di privare gli Stati di un certo potere discrezionale nell'esame delle domande di ricongiungimento familiare.

La disposizione esaminata permette, quando un minore di età superiore ai dodici anni giunga in uno Stato membro indipendentemente dal resto della famiglia, di mantenere parzialmente il margine di discrezionalità degli Stati membri consentendo loro, prima di autorizzare l'ingresso ed il soggiorno del minore in base alla direttiva, di esaminare se il minore stesso risponda ai criteri di integrazione. In questo senso, l'art. 4, n. 1, ultimo comma, della direttiva non può essere considerato in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare. Infatti, nel contesto della direttiva che impone agli Stati membri obblighi positivi precisi, tale disposizione mantiene a favore degli Stati stessi un potere discrezionale limitato, non diverso da quello riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella propria giurisprudenza in materia di diritto al rispetto della vita familiare, ponderando, in ogni singola fattispecie concreta, gli interessi in gioco.

L'art. 17 della direttiva prevede che gli Stati membri prendano in considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona, la durata della residenza nello Stato membro interessato, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il rispettivo Paese di origine. Tali criteri corrispondono a quelli presi in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito della verifica se uno Stato, che abbia respinto una domanda di ricongiungimento familiare, abbia correttamente proceduto alla ponderazione degli interessi in conflitto.

La Corte ha precisato, altresì, che l'età di un minore ed il fatto che questi giunga in un Paese membro indipendentemente dalla propria famiglia costituiscono elementi presi in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale attribuisce rilevanza ai vincoli esistenti tra il minore e i propri familiari nel rispettivo Paese di origine, ma parimenti ai vincoli esistenti con l'ambiente culturale e linguistico di tale Paese (cfr., sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, p. 2017 e del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, p. 159).

Il legislatore comunitario ha rivolto sufficiente attenzione agli interessi dei minori: il contenuto dell'art. 4, n. 1, della direttiva dimostra che l'interesse superiore del minore ha costituito il criterio principale per l'emanazione di tale disposizione e l'ultimo comma della medesima ne tiene sufficientemente conto ovvero autorizza gli Stati membri che optino per l'applicazione di un criterio di integrazione a non tenerne conto.

A parere della Corte, la scelta dell'età di dodici anni non costituisce un criterio in contrasto con il principio di non discriminazione in base all'età. Esso costituisce un criterio corrispondente ad una fase della vita di un figlio minore in cui questi ha già trascorso un periodo relativamente lungo della propria esistenza in un Paese terzo senza i propri familiari: un'integrazione in un nuovo ambiente può risultare, pertanto, maggiormente difficoltosa.

Nello stesso modo, il fatto di non assoggettare allo stesso trattamento il coniuge ed il figlio minore di età superiore ai dodici anni non può essere considerata una discriminazione ingiustificata nei confronti del figlio minore. Infatti, l'obiettivo stesso del matrimonio è la costituzione di una comunità di vita durevole tra i coniugi, laddove un figlio di età superiore ai dodici anni non resterà necessariamente a lungo con i propri genitori.

Sull'esame dell'art. 4, n. 6, della direttiva relativamente alla presenza di una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di discriminazione in funzione dell'età, la Corte di giustizia ha precisato che la disposizione impugnata non viola il diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Infatti, la disposizione in questione attribuisce agli Stati membri il potere di applicare i requisiti di ricongiungimento familiare previsti dalla direttiva alle domande proposte prima che i minori abbiano raggiunto l'età di quindici anni. Tuttavia, secondo la Corte, la norma non può essere interpretata nel senso di vietare agli Stati membri di prendere in consi-

derazione una domanda relativa ad un minore di età superiore a quindici anni. Inoltre, anche se dal tenore dell'art. 4, n. 6 della direttiva si evince che uno Stato membro è legittimato ad escludere che alle domande proposte dai figli minori di età superiore ai quindici anni si applichino i criteri di cui all'art. 4, n. 1 della direttiva, è pur vero che in capo allo Stato vi è l'obbligo di esaminare le domande nell'interesse del minore nell'ottica di favorirne la vita familiare.

Infine, sull'art. 8 della direttiva che non imporrebbe un esame caso per caso delle domande e che autorizzerebbe gli Stati membri a porre in essere misure sproporzionate derogando così alle regole del ricongiungimento familiare, la Corte di giustizia ha osservato come tale disposizione non abbia l'effetto di impedire qualsiasi ricongiungimento familiare, ma permetterebbe agli Stati membri di mantenere un margine di discrezionalità limitato, consentendo loro di assicurarsi che il ricongiungimento familiare abbia luogo in condizioni favorevoli, dopo un periodo di soggiorno sufficientemente lungo nello Stato membro ospitante da parte del soggetto per poter presumere un insediamento stabile insieme ad un certo livello di integrazione.

La Corte ha precisato, altresì, che la durata della residenza nello Stato membro costituisce solo uno degli elementi (insieme alla capacità di accoglienza dello Stato membro) che devono essere presi in considerazione dallo Stato per l'esame di una domanda e che un periodo di attesa non può essere imposto, senza tener conto del complesso degli elementi pertinenti.

Ne consegue che il ricorso del Parlamento europeo avente ad oggetto l'annullamento dell'art. 4, n. 1, ultimo comma, e n. 6, nonché dell'art. 8 della direttiva n. 2003/86/Ce relativa al diritto al ricongiungimento familiare è stato respinto.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LA NOZIONE DI *HANDICAP* AI SENSI DELLA DIRETTIVA N. 2000/78/CE

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 luglio 2006 in causa n. C-13/05

Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Nozione di *handicap* - Licenziamento a causa di malattia - Divieto di discriminazione fondata sulla malattia.

Una persona che è stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia non rientra nel quadro generale per la lotta contro la discriminazione fondata sull'handicap istituito dalla direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro¹.

Il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'handicap, sancito agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c., della direttiva n. 2000/78/Ce, osta ad un licenziamento fondato su un handicap che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non è giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non sia competente, né capace, né dispo-

nibile a svolgere le funzioni essenziali del suo posto di lavoro².

La malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva n. 2000/78/Ce vieta qualsiasi discriminazione³.

¹⁻³ La Corte si era già pronunciata sull'interpretazione della direttiva n. 2000/78/Ce relativa ad un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 303 del 1978, p. 16) nella sentenza *Mangold* del 22 novembre 2005 (in causa n. C-144/04, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981) precisando che è compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto.

Si ricorda che la direttiva n. 2000/78/Ce vieta la discriminazione diretta o indiretta fondata su diversi motivi, tra cui gli *handicap*: «La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento» (cfr. art. 1 direttiva). Tuttavia, la nozione di «*handicap*» non è definita nella direttiva stessa.

Le questioni pregiudiziali sono state sollevate nell'ambito di una causa concernente il licenziamento da parte della società *Eurest Colectividades SA* della signora *Chacón Navas* durante un congedo di malattia. In particolare, la Corte è stata chiamata a chiarire se la malattia possa essere considerata come un *handicap* nell'ambito della direttiva in questione e, in caso di risposta negativa, se in ogni caso la discriminazione fondata sulla malattia rientri nell'ambito di applicazione della direttiva stessa.

La signora *Chacón Navas* lavorava per la *Eurest*, una società specializzata nella ristorazione collettiva. Dovendo interrompere la propria attività lavorativa a causa di una malattia riceveva una comunicazione da parte del proprio datore di lavoro concernente il licenziamento con l'offerta di un indennizzo. La ricorrente proponeva così un ricorso contro la società *Eurest* sostenendo l'esistenza di una disparità di trattamento e di una discriminazione nei propri confronti per il comportamento posto in essere dal proprio datore di lavoro e chiedeva di condannare lo stesso alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Il giudice spagnolo ha osservato come la malattia possa comportare un *handicap* irreversibile e per questo i lavoratori devono essere tutelati in tempo utile in base al divieto di discriminazione fondata sull'*handicap*.

Il giudice del rinvio ha precisato che la malattia non è specificamente menzionata nella direttiva stessa e, pertanto, deve aggiungersi a quei motivi in base ai quali la direttiva n. 2000/78/Ce vieta qualsiasi discriminazione. Tale constatazione risulterebbe dalla lettura congiunta degli artt. 13 CE sul divieto di discriminazione, 136 CE e 137 CE sulla politica sociale, nonché dalle disposizioni dell'art. II-21 del progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (in *Gu-Ue* n. C 310 del 2004, p. 1) che stabilisce un divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

Il giudice spagnolo ha così sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia con due questioni pregiudiziali. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio si è domandato se il quadro generale delineato dalla direttiva n. 2000/78/Ce per la lotta contro la discriminazione fondata sull'*handicap* fornisca una tutela anche nei confronti di una persona che è stata licenziata dal datore di lavoro per causa della propria malattia.

La Corte di giustizia ha, in primo luogo, interpretato la nozione di «*handicap*» ai sensi della direttiva n. 2000/78/Ce e, in secondo luogo, esaminato in quali limiti i disabili sono tutelati in ambito comunitario con riferimento al licenziamento.

Come sopra precisato, il termine *handicap* non è definito dalla direttiva n. 2000/78/Ce ed essa non fa neppure rinvio al diritto degli Stati membri per la definizione di tale nozione. Ne consegue, secondo la Corte, che la nozione in questione debba essere oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di riferimento (cfr., in particolare, le sentenze del 18 gennaio 1984 in causa n. 327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, 1984, p. 107 e del 9 marzo

2006 in causa n. C-323/03, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2161). Nel contesto della direttiva volto a combattere le discriminazioni per quanto riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro la nozione di *handicap* deve essere intesa come un limite che risulta da lesioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione del soggetto alla vita professionale. Nondimeno, riferendosi all'espressione «*handicap*» all'art. 1 della direttiva, il legislatore ha scelto un termine diverso da quello di «malattia» escludendo, pertanto, un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni.

La Corte ha osservato che affinché una limitazione possa rientrare nella nozione di *handicap* deve essere di lunga durata. Infatti, non contenendo la direttiva n. 2000/78/Ce alcuna indicazione che lasci intendere che i lavoratori siano tutelati in base al divieto di discriminazione fondata sull'*handicap* appena si manifesti una qualunque malattia, ne consegue che la ricorrente, licenziata dal proprio datore di lavoro unicamente per causa della propria malattia non rientra nel quadro generale tracciato dalla direttiva n. 2000/78/Ce per lottare contro la discriminazione fondata sull'*handicap*.

Con riferimento alla tutela dei disabili in materia di licenziamento, la Corte ha precisato che un trattamento sfavorevole basato sull'*handicap* va contro la tutela prevista dalla direttiva n. 2000/78/Ce soltanto nei limiti in cui essa costituisca una discriminazione ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva. Il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'*handicap*, sancito agli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, lett. c., della direttiva 2000/78/Ce, osta ad un licenziamento fondato su un *handicap* che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non è giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non sia competente, né capace, né disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del suo posto di lavoro.

Con la seconda questione, la Corte ha statuito che la malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva n. 2000/78/Ce vieta qualsiasi discriminazione. Infatti, nonostante che tra i diritti fondamentali vi sia il divieto generale di discriminazione (cfr. sentenze del 12 dicembre 2002 in causa n. C-442/00, *Rodriguez Caballero*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 11915, nonché 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) l'ambito di applicazione della direttiva n. 2000/78/Ce non deve per questo essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate su motivi enunciati in modo esaustivo nell'art. 1 di quest'ultima: «La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

LA CORTE DI GIUSTIZIA RICONOSCE IL DIRITTO DEI SINGOLI DI FAR VALERE IL DIRITTO COMUNITARIO IN UN'AZIONE VOLTA AD OTTENERE IL RISARCIMENTO DEI DANNI NELL'AMBITO DELLA RC AUTO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 luglio 2006 in cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04

Vincenzo Manfredi e a. c. Lloyd Adriatico assicurazioni Spa e a.

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione dell'art. 81 CE - Concorrenza - Intesa - Sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomo-

tori - Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile - Aumento dei premi - Effetti sul commercio tra Stati membri - Pratiche concordate tra imprese italiane e imprese estere stabilite in Italia con riferimento ai contratti d'assicurazione degli autoveicoli e dei ciclomotori - Scambio di informazioni per poter aumentare i premi dell'assicurazione per la responsabilità civile in una misura non giustificata dalla situazione del mercato - Accordo illecito - Diritto dei terzi di chiedere il risarcimento del danno subito - Competenza del giudice nazionale - Termine di prescrizione - Indennizzi a carattere sanzionatorio.

Un'intesa o una pratica concordata come quella di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi dell'assicurazione responsabilità civile obbligatoria relativa ai sinistri causati da autoveicoli, nautanti e ciclomotori, non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, può altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze della detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante¹.

L'art. 81 CE deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno.

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati².

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e che stabiliscono le loro modalità procedurali e le dette disposizioni nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE³.

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordina-

mento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

A tale riguardo, è compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere – in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso – renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito⁴.

In mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

Pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto.

D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (damnum emergens), ma anche del mancato guadagno (lucrum cessans), nonché il pagamento di interessi⁵.

¹⁻⁵ Le cause dalle quali sono scaturite le sentenze, sopra massimate, hanno riguardato alcune questioni relative all'interpretazione dell'art. 81 CE che il Giudice di pace di Bitonto (Bari) ha sottoposto alla Corte di giustizia. Le questioni sono sorte nell'ambito di azioni promosse contro un certo numero di compagnie di assicurazione per far condannare le stesse compagnie alla restituzione delle maggiorazioni dei premi dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile relativa ai sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori. I relativi procedimenti (*Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (in causa n. C-295/04), *Cannito c. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA* (in causa n. C-96/04), *Tricarico c. Assitalia Assicurazioni SpA* (causa n. C-297/04) e *Murgolo c. Assitalia Assicurazioni SpA* (in causa n. C-298/04) venivano sospesi dopo che le compagnie di assicurazione si erano rese responsabili di comportamenti vietati dal diritto della concorrenza in quanto le maggiorazioni erano state versate a seguito degli aumenti applicati dalle società in forza di un'intesa dichiarata illecita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito denominata: AGCM).

Con provvedimento del 28 luglio 2000, n. 8546 (I377) (*Bollettino* n. 30/2000, del 14 agosto 2000), l'AGCM dichiarava che alcune compagnie d'assicurazione – fra cui le tre compagnie convenute nella causa principale – avevano posto in essere un accordo illecito avente ad oggetto lo scambio d'informazioni in ambito assicurativo. Tale accordo aveva consentito alle imprese il coordinamento, nonché la fissazione dei premi delle assicurazioni RC auto in modo tale da imporre agli utenti consistenti ed ingiustificati aumenti dei premi. Il provvedimento dell'AGCM veniva impugnato dalle compagnie di assicurazione ed in seguito confermato dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e dal Consiglio di Stato.

Gli attori delle cause principali hanno così adito il Giudice di pace di Bitonto per ottenere la condanna delle compagnie di assicurazione interessate alla restituzione della maggiorazione dei premi pagata in forza dell'intesa dichiarata illecita dall'AGCM.

Il giudice di pace di Bitonto ha ritenuto che, essendo state partecipi dell'accordo sanzionato dall'AGCM anche compagnie d'assicurazione appartenenti ad altri Stati membri ed esercenti la loro attività in Italia, l'intesa contestata abbia violato non solo l'art. 2 della legge n. 287/90, ma anche l'art. 81 CE, che al n. 2 sanziona la nullità di tutti gli accordi e di tutte le intese incompatibili con la normativa comunitaria.

Si ricorda che l'art. 2, n. 2, della legge del 10 ottobre 1990, n. 287, relativa alle norme per la tutela della concorrenza e del mercato (in *Guri* n. 240 del 13 ottobre 1990, p. 3), vieta le intese fra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza sul mercato nazionale o in una sua parte rilevante. Ai sensi del n. 1 di tale art. 2, sono considerate «intese» gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese, nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto (art. 2, n. 3, della legge n. 287/90).

Il giudice del rinvio dubitando, altresì, della compatibilità con l'art. 81 CE dei termini di prescrizione dell'azione risarcitoria e dell'entità del danno da liquidare stabiliti dal diritto nazionale, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Le questioni pregiudiziali presentate alla Corte, vertenti, in particolare, come già precisato, sull'interpretazione dell'art. 81 CE, possono essere riassunte nei termini seguenti.

Il giudice nazionale si domanda, in sostanza, se un'intesa o una pratica concordata tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio vicendevole di informazioni tale da consentire un aumento dei premi delle polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, costituente una violazione delle norme sulla tutela della concorrenza, possa anche fondare una violazione dell'art. 81 CE, alla luce del fatto che all'intesa o alla pratica concordata partecipino imprese appartenenti a diversi Stati membri; se i terzi possano chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista un nesso di causalità tra l'intesa o la pratica ed il danno; se la normativa nazionale in questione concernente la proposizione del ricorso dinanzi ad un giudice diverso da quello competente per le domande di uguale valore e riguardante il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, nonché la determinazione dell'indennizzo, siano in contrasto con l'art. 81 CE.

La Corte di giustizia ha osservato che affinché una decisione, un accordo o una pratica possa pregiudicare il commercio fra gli Stati membri è necessario che appaia sufficientemente probabile che essi siano atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra gli Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra i Paesi della Comunità (cfr. sentenze dell'11 luglio 1985 in causa n. 42/84, *Remia e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 2545 e del 25 ottobre 2001 in causa n. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8089; sul fatto che tale influenza non debba essere insignificante, cfr., sentenza del 28 aprile 1998 in causa n. C-306/96, *Javico*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1983).

A parere della Corte, è compito del giudice nazionale verificare se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui si tratta, appaia sufficientemente probabile che l'intesa (o la pratica concordata) di cui alle cause principali possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze d'assicurazione RC auto nello Stato membro interessato da parte di operatori di altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

In particolare, al giudice nazionale è demandato il compito di analizzare se l'esistenza

stessa dell'intesa o della pratica concordata possa avere un effetto dissuasivo sulle compagnie di assicurazioni di altri Stati membri non esercenti attività in Italia, permettendo così il coordinamento, nonché la fissazione dei premi dell'assicurazione RC auto ad un livello tale per cui la vendita delle polizze non sarebbe conveniente (cfr., in tal senso, sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-359/01 P, *British Sugar c. Commissione*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 4933).

Sulla legittimazione dei soggetti a far valere un'azione di risarcimento danni, la Corte ha precisato che l'art. 81, n. 2, CE prevede la nullità di qualsiasi accordo e decisione vietati ai sensi dell'art. 81 CE e che di tale nullità, che può essere invocata da chiunque, il giudice deve tenerne conto quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE e quando l'accordo non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE (cfr. sentenza del 9 luglio 1969 in causa n. 10/69, *Portelange*, in *Raccolta*, 1969, p. 309). La Corte ricorda che la nullità di cui all'art. 81, n. 2, CE è assoluta e che l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto a terzi (cfr. sentenza del 25 novembre 1971 in causa n. 22/71, *Béguelin*, in *Raccolta*, 1971, p. 949). Inoltre, essa riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (cfr. sentenze del 6 febbraio 1973 in causa n. 48/72, *Brasserie de Haecht*, in *Raccolta*, 1973, p. 77 e del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage et Crehan*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6297 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 698).

Inoltre, l'art. 81, n. 1, CE produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuisce direttamente ad essi diritti che i giudici nazionali devono tutelare.

La Corte afferma che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE.

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, è compito dell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti, nonché stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, il c.d. principio di equivalenza, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, il c.d. principio di effettività, (cfr. sentenza del 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4025).

Con riferimento alla normativa nazionale secondo la quale il termine di prescrizione per la presentazione di un ricorso per risarcimento danni decorre dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere, la Corte ha osservato come essa possa rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, in particolare quando la norma nazionale prevede anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso. Anche in questo caso, ha precisato la Corte di giustizia, è il giudice nazionale competente a verificare se l'interessato si sia trovato nell'impossibilità di presentare un ricorso dopo la scadenza del termine prescrizione.

Infine, se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che impone ai giudici nazionali l'obbligo di liquidare il danno punitivo, affinché l'indennizzo sia superiore al vantaggio ricavato dall'operatore economico che ha violato tale disposizione e scoraggi così la realizzazione di intese o di pratiche vietate da quest'ultima, la Corte ha osservato come spetti all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentano di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività, sopra citati, siano rispettati.

In conformità al principio di equivalenza, una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno. Dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi (cfr. la seguente giurisprudenza sull'argomento: le sentenze del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con nota di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Sta-*

ti a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie, p. 52 ss.; del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629; del 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2433; del 4 ottobre 1979 in causa n. 238/78, *Ireks-Arkady c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1979, p. 2955; del 21 settembre 2000 in cause riunite n. C-441/98 e n. C-442/98, *Michailidis*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7145; sul pagamento degli interessi il pagamento di interessi, cfr. sentenza del 2 agosto 1993 in causa n. C-271/91, *Marshall*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4367).

LA CORTE DI GIUSTIZIA STABILISCE I CRITERI PER OTTENERE IL DIRITTO ALL'INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE NELL'AMBITO DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E DI SOGGIORNO

Corte di giustizia

Sentenza del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04

Gérald De Cuyper c. Office national de l'emploi c. Commissione delle Comunità europee

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione degli artt. 17 e 18 CE - Cittadinanza europea - Disposizione nazionale che subordina la concessione delle indennità di disoccupazione alla residenza effettiva nel territorio nazionale - Libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio dell'Unione europea - Regolamento Cee, n. 1408/71 - Indennità di disoccupazione.

La libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuta a tutti i cittadini dell'Unione europea dall'art. 18 Trattato CE non osta ad una condizione di residenza, come quella applicata nella causa principale, imposta ad un disoccupato di età superiore ai cinquanta anni dispensato dall'obbligo di dimostrare la sua disponibilità sul mercato del lavoro, quale condizione per il mantenimento del suo diritto all'indennità di disoccupazione¹.

¹ Il Tribunale del lavoro di Bruxelles ha proposto dinanzi alla Corte di giustizia un ricorso ex art. 234 CE al fine di chiarire se un requisito relativo alla residenza contenuto in una normativa nazionale, al cui soddisfacimento venga condizionato il diritto ad un'indennità, sia contrario al diritto di un cittadino dell'Unione, ai sensi degli artt. 17 e 18 CE sulla cittadinanza dell'Unione, di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, qualora il richiedente sia un disoccupato dispensato dall'obbligo della disponibilità sul mercato del lavoro. Ciò ha sollevato preliminarmente la questione di come tale indennità debba essere qualificata secondo il diritto comunitario e dell'esportabilità dell'indennità stessa ai sensi del diritto comunitario in materia di sicurezza sociale.

La domanda di pronuncia pregiudiziale ha riguardato, pertanto, l'interpretazione degli artt. 17 e 18 CE e del regolamento Cee n. 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di

sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento Ce n. 118/97 (in *Guce* n. L 28 del 1997, p. 1), come modificato del regolamento Ce n. 1606/1998 (in *Guce* n. L 209 del 1998, p. 1).

La domanda è stata presentata nell'ambito della controversia tra il signor De Cuyper e l'Ufficio nazionale per l'impiego (di seguito denominato: ONEM) relativamente all'esclusione del ricorrente dal godimento dell'indennità di disoccupazione a partire dal 1° aprile 1999.

Il signor De Cuyper, cittadino belga, svolgeva in Belgio un'attività lavorativa subordinata e veniva ammesso ad usufruire dell'indennità di disoccupazione nell'anno 1997. Successivamente otteneva la dispensa dall'obbligo di sottoporsi al controllo comunale imposto di regola ai disoccupati e presentava all'ente competente per il pagamento della propria indennità di disoccupazione una dichiarazione nella quale comunicava di abitare in Belgio.

Nell'anno 2000, i servizi dell'ONEM procedevano ad un controllo per verificare l'esattezza delle dichiarazioni dell'interessato: a quell'epoca il signor De Cuyper risiedeva in Francia. Egli veniva non solo escluso dal godimento dell'indennità di disoccupazione in quanto non soddisfaceva quanto richiesto dalla normativa belga, ma veniva invitato alla restituzione delle indennità ricevute.

Il ricorrente impugnava la decisione dell'ONEM dinanzi al Tribunale du Travail de Bruxelles il quale si rivolgeva alla Corte di giustizia.

In primis, la Corte di giustizia statuisce sulla natura dell'indennità osservando come più volte essa si sia pronunciata sugli elementi da prendere in considerazione per determinare la natura giuridica delle prestazioni previdenziali: una prestazione può essere considerata di natura previdenziale se viene attribuita ai beneficiari, a prescindere da qualsiasi valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita e se si riferisce ad uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 4, n. 1, del regolamento n. 1408/71 (cfr., in proposito, le sentenze del 27 marzo 1985 in causa n. 249/83, *Hoeckx*, in *Raccolta*, 1985, p. 973 e del 16 luglio 1992 in causa n. C-78/91, *Hughes*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4839; e ancora le sentenze del 2 agosto 1993 in causa n. C-66/92, *Acciardi*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4567 e del 5 luglio 1983 in causa n. 171/82, *Valentini*, in *Raccolta*, 1983, p. 2157).

A parere della Corte, l'ottenimento della dispensa, inoltre, non implica che il disoccupato sia esonerato dall'obbligo di rimanere a disposizione dell'ufficio del lavoro, in quanto, pur essendo dispensato dall'obbligo di iscriversi come richiedente lavoro e di accettare qualsiasi impiego adeguato, egli deve sempre restare a disposizione di tale ufficio per il controllo della propria situazione professionale e familiare.

L'indennità di cui si discute deve essere considerata un'indennità di disoccupazione rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento n. 1408/71 anche nell'ipotesi in cui il soggetto venga dispensato dall'iscrizione come richiedente lavoro.

Con riferimento all'imposizione di una condizione di residenza, come prevista dalla normativa nazionale in questione, la Corte ha precisato che ciò risponde all'esigenza di controllare la situazione professionale e familiare dei disoccupati. Tale condizione consente agli uffici ispettivi dell'ONEM di verificare se la situazione del beneficiario dell'indennità di disoccupazione non abbia subito modifiche tali da incidere sulla prestazione accordata.

Si tratta, pertanto, a parere della Corte, di misure fondate su considerazioni oggettive di interesse generale indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate.

Infine, la Corte ha precisato che i controlli da effettuarsi sulle indennità di disoccupazione presentano una peculiarità tale (devono essere inaspettati e devono potersi svolgere *in loco*) da giustificare l'imposizione di meccanismi più restrittivi rispetto a quelli imposti per quanto riguarda il controllo di altre prestazioni. L'obbligo di residenza nello Stato membro in cui si trova l'istituzione debitrice è conforme, pertanto, al principio di proporzionalità e non contrasta con la libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuti a tutti i cittadini dell'Unione europea.

ALLA NORMATIVA SPORTIVA SI APPLICANO GLI ARTT. 81-82 SULLA CONCORRENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 18 luglio 2006 in causa n. C-519/04 P

David Meca-Medina, Igor Majcen c. Commissione delle Comunità europee e Repubblica finlandese (interveniente in primo grado)

Ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado - Art. 56 Statuto della Corte di giustizia - Regole per il controllo *antidoping* adottate dal Comité international olympique (CIO) - Incompatibilità con gli artt. 49, 81 e 82 CE - Attività economica - Libera circolazione dei lavoratori - Applicabilità delle regole di concorrenza - Denuncia - Rigetto.

(...) quand'anche si consideri che tali norme non costituiscono restrizioni alla libera circolazione perché non riguardano questioni che interessano esclusivamente lo sport e, come tali, sono estranee all'attività economica (citate sentenze Walrave e Koch nonché Donà), tale circostanza non implica né che l'attività sportiva interessata si sottragga necessariamente dall'ambito di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE né che le dette norme non soddisfino i presupposti d'applicazione propri dei detti articoli¹.

(...) al punto 42 della sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato che la circostanza che un regolamento puramente sportivo sia estraneo all'attività economica, con la conseguenza che tale regolamento non ricade nell'ambito di applicazione degli artt. 39 CE e 49 CE, significa, parimenti, che esso è estraneo ai rapporti economici che interessano la concorrenza, con la conseguenza che esso non ricade nemmeno nell'ambito di applicazione degli artt. 81 CE ed 82 CE².

Ritenendo che una regolamentazione poteva in tal modo essere sottratta ipso facto dall'ambito di applicazione dei detti articoli soltanto perché era considerata puramente sportiva alla luce dell'applicazione degli artt. 39 CE e 49 CE, senza che fosse necessario verificare previamente se tale regolamentazione rispondesse ai presupposti d'applicazione propri degli artt. 81 CE e 82 CE, (...), il Tribunale è incorso in un errore di diritto³.

(...) i ricorrenti hanno ragione a sostenere che il Tribunale, (...), ha ingiustamente respinto la loro domanda con la motivazione che la regolamentazione antidoping controversa non rientrava né nell'ambito di applicazione dell'art. 49 CE né nel diritto in materia di concorrenza. Occorre, quindi annullare la sentenza impugnata, senza che occorra esaminare né le altre parti del primo motivo né gli altri motivi dedotti dai ricorrenti⁴.

(...) poiché i ricorrenti non precisano a quale livello la soglia di tolle-

ranza in questione doveva essere fissata al momento rilevante, non risulta che le restrizioni che impongono tale soglia agli sportivi professionisti vadano al di là di quanto necessario per assicurare lo svolgimento e il corretto funzionamento delle competizioni sportive⁵.

La sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 30 settembre 2004 in causa n. T-313/02, *Meca-Medina e Majcen c. Commissione*, è annullata⁶.

Il ricorso proposto dinanzi al Tribunale di primo grado con il numero di causa n. T-313/02 e diretto all'annullamento della decisione della Commissione del 1° agosto 2002 che respinge la denuncia dei signori *Meca-Medina e Majcen* è respinto⁷.

¹⁻⁷ I signori *Meca-Medina e Majcen*, atleti professionisti che praticano il nuoto di lunga distanza, hanno chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 30 settembre 2004 in causa n. T-313/02, *Meca-Medina e Majcen c. Commissione*, (in *Raccolta*, 2004, II, p. 3291) con la quale il Tribunale aveva respinto il loro ricorso di annullamento della decisione della Commissione delle Comunità europee del 1° agosto 2002, che respingeva la denuncia, depositata dai ricorrenti contro il Comitato olimpico internazionale (di seguito denominato: CIO). Nella loro denuncia i ricorrenti hanno messo in discussione la compatibilità di alcune disposizioni regolamentari adottate dal CIO ed applicate dalla Federazione internazionale nuoto (di seguito denominata: FINA), oltre che di alcune prassi relative al controllo *antidoping*, con la normativa comunitaria sulla concorrenza (artt. 81 e 82 CE) e sulla libera prestazione dei servizi (art. 49 CE), (caso COMP/38158 - *Meca-Medina e Majcen/CIO*, disponibile sul sito *Internet*: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38158/fr.pdf>).

Al fine di comprendere la questione è meglio ripercorrere brevemente i fatti di causa.

In seguito ad un controllo *antidoping* risultato positivo al nandrolone, una sostanza anabolizzante vietata dal codice *antidoping* del Movimento olimpico, i ricorrenti, con una decisione del Comitato *antidoping* della FINA venivano sospesi per un periodo di quattro anni. Il Tribunale arbitrale sportivo, investito di un ricorso proposto dagli atleti contro tale decisione, confermava la sospensione riducendola però a due anni.

I signori *Meca-Medina e Majcen* presentavano un esposto alla Commissione, a norma dell'art. 3 del regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 81 e 82 CE (in *Guce* n. 13 del 1962, p. 204), per la violazione degli artt. 81 e 82 CE sostenendo che la fissazione della soglia di tolleranza al nandrolone a 2 ng/ml di urina costituiva una pratica concordata tra il CIO e i laboratori da esso accreditati. A parere dei ricorrenti, l'anticoncorrenzialità della prassi veniva rafforzata dalla mancanza di indipendenza, nei confronti del CIO, delle istanze incaricate della soluzione arbitrale delle controversie sportive. Con la decisione contestata, la Commissione respingeva la denuncia dei ricorrenti, considerando che la regolamentazione controversa non contrastava con la normativa comunitaria.

Gli atleti proponevano così un ricorso di annullamento contro la decisione contestata, a norma dell'art. 230, 4° comma, CE dinanzi al Tribunale di primo delle Comunità europee che respingeva però il ricorso, per cui, successivamente, essi si appellavano alla Corte di giustizia che ha pronunciato la sentenza qui brevemente commentata.

I ricorrenti, sostenendo che il Tribunale ha erroneamente interpretato la giurisprudenza della Corte relativa al rapporto tra le regolamentazioni sportive e l'ambito d'applicazione delle disposizioni del Trattato, ritengono che lo stesso Tribunale non abbia tenuto conto della portata, in merito a tale giurisprudenza, delle norme che vietano il *doping* in generale e della regolamentazione *antidoping* controversa. Essi hanno osservato, altresì, che il Tribunale ha ingiustamente considerato che tale regolamentazione non era assimilata ad un comportamento di mercato rientrante nell'ambito di applicazione degli artt. 81 e 82 CE e quindi non poteva essere soggetta a quanto statuito dalla Corte nella sentenza *Wouters e a.* (senten-

za del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1577 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97).

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha osservato che l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario in quanto configurabile come attività economica ai sensi dell'art. 2 CE (cfr. le sentenze del 12 dicembre 1974 in causa n. 36/74, *Walrave e Koch*, in *Raccolta*, 1974, p. 1405; del 14 luglio 1976 in causa n. 13/76, *Donà*, in *Raccolta*, 1976, p. 1333; del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.; 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).

La sola circostanza che una norma abbia un carattere puramente sportivo non sottrae dall'ambito di applicazione del Trattato la persona che esercita l'attività disciplinata da tale norma o l'organo che l'ha emanata e, se l'attività sportiva di cui trattasi rientra nell'ambito di applicazione del Trattato, i requisiti per il suo esercizio sono allora sottoposti a tutti gli obblighi derivanti dalle varie disposizioni del Trattato medesimo.

Secondo la Corte, il Tribunale è incorso in un errore di diritto perché ha ritenuto che una regolamentazione potesse essere sottratta dall'ambito di applicazione della normativa sulla concorrenza soltanto perché era considerata puramente sportiva alla luce dell'applicazione degli artt. 39 e 49 CE.

I ricorrenti hanno sostenuto, inoltre, che la Commissione ha ingiustamente considerato, per respingere la loro denuncia, che la regolamentazione *antidoping* controversa non costituiva una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE. A parere dei ricorrenti, la Commissione ha erroneamente applicato i criteri stabiliti dalla Corte nella citata sentenza *Wouters e a. loc. cit.*, per giustificare gli effetti restrittivi della regolamentazione *antidoping* controversa sulla libertà d'azione dei ricorrenti medesimi. Tale regolamentazione, infatti, non mirerebbe al solo obiettivo volto a preservare l'integrità della competizione e quella della salute degli atleti, bensì a garantire gli interessi economici del CIO. Inoltre, tale regolamentazione, fissando il limite massimo a 2 ng/ml di urina, che non risponde ad alcun criterio di certezza scientifica, sarebbe sproporzionata e andrebbe oltre quanto necessario per combattere efficacemente il *doping*.

La Corte ha precisato che la natura repressiva della regolamentazione *antidoping* controversa e la gravità delle sanzioni applicabili in caso di violazione sono in grado di produrre effetti negativi sulla concorrenza perché potrebbero portare ad una infondata esclusione dell'atleta dalle competizioni e, pertanto, falsare le condizioni di esercizio dell'attività sportiva. Ne consegue che, per potersi sottrarre al divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE, le restrizioni così imposte da tale regolamentazione devono limitarsi a quanto è necessario per assicurare il corretto svolgimento della competizione sportiva (cfr., in tal senso, sentenza del 15 dicembre 1994 in causa n. C-250/92, *DLG*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5641).

Una regolamentazione del genere potrebbe infatti rivelarsi eccessiva, da un lato nella determinazione delle condizioni atte a fissare la linea di demarcazione tra le situazioni che rientrano nel *doping* sanzionabili e quelle che non vi rientrano, e, dall'altro, nella severità delle sanzioni.

Nel caso di specie, la linea di demarcazione viene individuata, nella regolamentazione *antidoping* controversa, dalla soglia di 2 ng/ml di urina (livello eccessivamente basso a parere dei ricorrenti) oltre la quale la presenza di nandrolone nel corpo dell'atleta costituisce *doping*. Tuttavia, poiché i ricorrenti non hanno precisato a quale livello la soglia di tolleranza in questione doveva essere fissata e non hanno lamentato la natura eccessiva delle sanzioni applicabili e irrogate nel caso di specie, secondo la Corte la normativa *antidoping* controversa non viola il principio di proporzionalità.

Si ricorda, infine, che è pendente (in causa n. C-243/06) avanti alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di commercio di Charleroi (Belgio) il 30 maggio 2006 - *SA Sporting du Pays de Charleroi, G-14 Groupement des clubs de football européens c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* nella quale si chiede alla Corte di chiarire la seguente questione pregiudiziale: «Se gli obblighi imposti alle società e ai calciatori aventi un contratto di lavoro con le dette società, dalle disposizioni statutarie e regolamentari della FIFA che disciplinano la messa a disposi-

zione obbligatoria e gratuita dei giocatori in favore delle federazioni nazionali, nonché la fissazione unilaterale e vincolante del calendario internazionale coordinato delle partite, costituiscono restrizioni illecite della concorrenza o abuso di posizione dominante o ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali conferite dal Trattato CE, e siano pertanto in contrasto con gli artt. 81 e 82 del Trattato o con qualsiasi altra disposizione di diritto comunitario, in particolare con gli artt. 39 e 49 CE».

**LA NORMATIVA LUSSEMBURGHESE CHE DISCIPLINA
L'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE FORENSE È IN CONTRASTO
CON IL DIRITTO COMUNITARIO NELLA PARTE IN CUI
SUBORDINA L'ISCRIZIONE ALL'ALBO DEGLI AVVOCATI
ALLE CONOSCENZE LINGUISTICHE**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 19 settembre 2006 in causa n. C-506/04

Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libertà di stabilimento - Direttiva n. 98/5/Ce - Esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica - Requisiti per l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante - Previa verifica della conoscenza delle lingue dello Stato membro ospitante - Ricorso giurisdizionale di diritto interno - Ricorso dinanzi al Conseil disciplinaire et administratif du barreau - Contrasto.

L'art. 9 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, n. 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, va interpretato nel senso che osta ad un procedimento di ricorso nel contesto del quale la decisione di diniego dell'iscrizione di cui all'art. 3 della detta direttiva deve essere contestata, in primo grado, dinanzi ad un organo composto esclusivamente di avvocati che esercitano con il titolo professionale dello Stato membro ospitante e, in appello, dinanzi ad un organo composto prevalentemente di siffatti avvocati, quando il ricorso in cassazione dinanzi al giudice supremo di tale Stato membro consente un controllo giurisdizionale solo in diritto e non in fatto¹.

L'art. 3 della direttiva n. 98/5/Ce deve essere interpretato nel senso che l'iscrizione di un avvocato presso l'autorità competente di uno Stato membro diverso da quello in cui egli ha acquisito la sua qualifica ai fini dell'esercizio, in tale Stato, della sua attività con il titolo professionale d'origine, non può essere subordinata ad un previo controllo della padronanza delle lingue dello Stato membro ospitante².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 19 settembre 2006 in causa n. C-193/05

Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Libertà di stabilimento - Direttiva n. 98/5/Ce - Esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale - Previa verifica della conoscenza delle lingue dello Stato membro ospitante - Divieto di svolgimento di attività di domiciliazione di società - Obbligo di presentare ogni anno il certificato d'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine - Sussistenza.

Il Granducato di Lussemburgo, subordinando ad una previa verifica delle conoscenze linguistiche l'iscrizione presso l'autorità nazionale competente degli avvocati che abbiano acquisito la loro qualifica professionale in uno Stato membro diverso dal Granducato di Lussemburgo e intendano esercitare la professione nel detto Stato membro con il loro titolo professionale di origine, facendo divieto a tali avvocati di esercitare attività di domiciliazione di società ed obbligandoli a presentare ogni anno il certificato d'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, n. 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata³.

¹⁻³ In entrambe le sentenze, sopra massimate, la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo cui gli avvocati possono esercitare l'attività in tutti gli Stati membri dell'Unione europea senza la verifica delle capacità linguistiche del Paese in cui intendono esercitare la professione.

La causa n. C-506/04 ha riguardato (analogamente al parallelo ricorso per inadempimento) il rapporto esistente tra le garanzie previste dalla direttiva n. 98/5/Ce, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (in *Guce* n. L 77 del 1998, p. 36) e la normativa

lussemburghese secondo cui l'iscrizione degli avvocati europei all'albo degli avvocati dello Stato membro ospitante è subordinata al superamento di un esame orale atto a verificare la conoscenza delle lingue nazionali dello Stato membro ospitante. La domanda di pronuncia pregiudiziale ha riguardato, altresì, le condizioni previste dalla direttiva con riguardo al ricorso giurisdizionale interno nel caso in cui tale iscrizione fosse negata.

La domanda pregiudiziale, infatti, è stata presentata nell'ambito di una controversia sorta in seguito al rifiuto, da parte del Consiglio dell'ordine degli avvocati del foro di Lussemburgo di provvedere all'iscrizione del signor Wilson, cittadino britannico, all'albo dell'ordine degli avvocati di Lussemburgo. Egli è membro dell'ordine degli avvocati d'Inghilterra e del Galles dal 1975 ed esercita la professione di avvocato nel Lussemburgo dal 1994.

Nel 2003 il ricorrente veniva convocato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Lussemburgo per sostenere il colloquio previsto dall'art. 3, n. 2, della legge 13 novembre 2002: «Il Consiglio dell'ordine degli avvocati del Granducato di Lussemburgo, cui l'avvocato europeo presenta istanza di poter esercitare con il suo titolo professionale d'origine, procede all'iscrizione dell'avvocato europeo all'albo degli avvocati di tale ordine al termine di un colloquio che permette al Consiglio dell'ordine di verificare che l'avvocato europeo abbia la padronanza almeno delle lingue di cui all'art. 6, n. 1, lett. d., della legge 10 agosto 1991 (...)». Rifiutando di sottoporsi al colloquio dinanzi al Consiglio dell'ordine degli avvocati, questi gli negava l'iscrizione all'albo degli avvocati di Lussemburgo che esercitano con il loro titolo professionale d'origine.

Il signor Wilson presentava così un ricorso di annullamento avverso tale decisione di diniego dinanzi al Tribunale amministrativo di Lussemburgo che si dichiarava incompetente a decidere del ricorso. Il signor Wilson proponeva appello contro tale sentenza. La Corte d'appello amministrativa decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Con le prime due questioni, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte, in sostanza, di interpretare la nozione di ricorso giurisdizionale di diritto interno ai sensi dell'art. 9 della direttiva n. 98/5/Ce con riferimento ad una procedura di ricorso come quella prevista dalla normativa lussemburghese. La Corte ha precisato che per un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti previsti dalla direttiva n. 98/5/Ce, l'organo competente a pronunciarsi sui ricorsi contro le decisioni di rifiuto dell'iscrizione deve rifarsi alla nozione di giudice come definita dal diritto comunitario.

Tale nozione è stata definita, nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 CE, enunciando una serie di requisiti che l'organo in questione deve presentare, quali la sua origine legale, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche (cfr., in questo senso, le sentenze del 30 giugno 1966 in causa n. 61/65, *Vaassen-Göbbels*, in *Raccolta*, 1966, p. 377 e del 17 settembre 1997 in causa n. C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4961 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 185), nonché l'indipendenza e l'imparzialità (cfr. le sentenze del 11 giugno 1987 in causa n. 14/86, *Pretore di Salò c. X*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545; del 21 aprile 1988 in causa n. 338/85, *Pardini*, in *Raccolta*, 1988, p. 2041 e del 29 novembre 2001 in causa n. C-17/00, *De Coster*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9445 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 81).

Nel caso di specie, la composizione del Conseil disciplinaire et administratif, di cui all'art. 24 della legge del 10 agosto 1991 sulla professione di avvocato, è caratterizzata dalla presenza esclusiva di avvocati di nazionalità lussemburghese, iscritti nell'elenco degli avvocati che esercitano con il titolo professionale lussemburghese e che hanno superato l'esame alla fine del periodo di tirocinio.

Secondo la Corte di giustizia, le disposizioni lussemburghesi che disciplinano la composizione di organi non forniscono un'adeguata garanzia di imparzialità. Ne consegue che un ricorso contro il diniego di iscrizione all'albo degli avvocati presentato dinanzi ad un collegio disciplinare composto esclusivamente da avvocati locali non può essere equiparato a quello che la direttiva comunitaria prevede in tali casi all'art. 9: «Le decisioni con cui viene negata o revocata l'iscrizione di cui all'art. 3 e le decisioni che infliggono sanzioni disciplinari devono essere motivate. Tali decisioni sono soggette a ricorso giurisdizionale di diritto interno».

Con la terza e la quarta questione il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se la normativa comunitaria consenta allo Stato membro ospitante di subordinare il diritto di un avvocato di esercitare stabilmente le sue attività in tale Stato con il proprio titolo professionale d'origine ad una verifica della padronanza delle lingue di tale Stato membro. In proposito, la Corte ha richiamato l'obiettivo della direttiva n. 98/5/Ce che è quello di armonizzare i requisiti preliminari richiesti per l'esercizio della professione forense.

La presentazione all'autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine costituisce l'unico requisito cui deve essere subordinata l'iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante, che gli consente di esercitare la sua attività in quest'ultimo Stato membro con il suo titolo professionale d'origine.

La direttiva n. 98/5/Ce, pertanto, non consente che l'iscrizione di un avvocato europeo presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante venga subordinata ad un colloquio inteso a consentire all'autorità medesima di valutare la padronanza, da parte dell'interessato, delle lingue di tale Stato membro. Il fatto di rinunciare alla previa verifica delle conoscenze linguistiche è bilanciato da una serie di disposizioni atte a garantire, oltre che la protezione degli assistiti, anche una buona amministrazione della giustizia: per esempio, gli artt. 4, 5, 6 e 7 della direttiva.

Come sopra precisato, parallelamente al rinvio pregiudiziale presentato dal signor Wilson, la Commissione europea ha proposto un ricorso contro il Granducato di Lussemburgo per non aver questi rispettato la normativa contenuta nella direttiva n. 98/5/Ce.

I motivi del ricorso possono essere riassunti nei termini seguenti: il Lussemburgo ha mantenuto, nei confronti degli avvocati che abbiano acquisito la propria qualifica professionale in un altro Stato membro e intendano stabilirsi sul suo territorio con il loro titolo professionale di origine, taluni obblighi relativi alle conoscenze linguistiche, il divieto di esercitare l'attività di domiciliatario di società e l'obbligo di presentare ogni anno il certificato d'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine.

Sulla prima censura, relativa alla previa verifica delle conoscenze linguistiche la Corte ha precisato che la presentazione all'autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine è l'unico requisito cui deve essere subordinata l'iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante, che gli consente di ivi esercitare con il suo titolo professionale d'origine e il fatto di introdurre una previa verifica delle conoscenze linguistiche sarebbe in contrasto con l'obiettivo della direttiva.

L'art. 3 della direttiva n. 98/5 prevede, infatti, che «1. L'avvocato che intende esercitare in uno Stato membro diverso da quello nel quale ha acquisito la sua qualifica professionale deve iscriversi presso l'autorità competente di detto Stato membro. 2. L'autorità competente dello Stato membro ospitante procede all'iscrizione dell'avvocato su presentazione del documento attestante l'iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine (...)».

Sulla censura, relativa al divieto, per gli avvocati europei, di esercitare attività di domiciliatazione di società nel Lussemburgo la Corte ha osservato che la direttiva n. 98/5/Ce prevede, agli artt. 2 e 5, il principio secondo il quale l'avvocato europeo può legittimamente svolgere le stesse attività professionali dell'avvocato che esercita con il titolo professionale dello Stato membro ospitante, fatte salve le eccezioni previste dai nn. 2 e 3 del citato art. 5. Non potendo gli Stati membri prevedere, nel loro diritto nazionale, altre eccezioni a tale principio, ne consegue che la normativa lussemburghese, nel vietare agli avvocati europei di svolgere attività di domiciliatazione di società nel Lussemburgo, si pone in contrasto con l'art. 5 della direttiva n. 98/5.

Infine, sull'obbligo di presentare, ogni anno, il certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine la Corte, richiamando l'art. 13 della direttiva ai sensi del quale le autorità competenti dello Stato membro d'origine e di quello ospitante hanno l'obbligo di collaborare e di prestarsi reciproca assistenza, ha osservato come la formalità imposta dalla normativa lussemburghese risulti un provvedimento amministrativo sproporzionato rispetto all'obiettivo da conseguire e, pertanto, ingiustificato rispetto alle finalità proprie della direttiva n. 98/5/Ce.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

DIRETTIVE COMUNITARIE E DIRITTO PENALE: LIMITI POSTI ALLA RESPONSABILITÀ PENALE DEI SINGOLI

Tribunale di Milano

Sentenza del 31 maggio - 14 luglio 2006 n. 1089/06*

Procedimento penale a carico di X

Pagamento di accise per prodotti contenenti oli minerali non destinati a combustione - Direttiva n. 92/81/Cee - Art. 62 dlgo n. 504/95 - Incompatibilità dell'art. 62 dlgo n. 504/95 con la direttiva comunitaria n. 92/81/Cee - Direttiva n. 2003/96/Ce che abroga la direttiva n. 92/81/Cee - Mancata attuazione nell'ordinamento nazionale della direttiva n. 2003/96/Ce - Responsabilità penale di un singolo fondata su una norma già dichiarata incompatibile con il diritto comunitario e sulle disposizioni di una direttiva non attuata nell'ordinamento nazionale.

Sussiste in virtù dell'abrogazione della direttiva n. 92/81/Ce da parte della direttiva n. 2003/96/Ce la responsabilità penale di un operatore economico che non ha corrisposto le accise previste dall'art. 62 del dlgo n. 504/95, norma già dichiarata dalla Corte di giustizia incompatibile con l'art. 8 della direttiva n. 92/81/Ce, pur in assenza del recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva n. 2003/96/Ce.

* In argomento v. *infra*, p. 551 ss., il commento di MASSIMILIANO VALCADA.

(Omissis) **In diritto**

La penale responsabilità dell'imputato per il reato di cui al capo d'imputazione risulta provata.

L'art. 40 D.L.vo 504/95 punisce con la reclusione da 6 mesi a 3 anni e con la multa dal doppio al decuplo dell'imposta evasa, non inferiore in ogni caso a lire 15.000.000, chiunque, tra l'altro, «sottrae con qualsiasi mezzo gli oli minerali, compreso il gas metano, all'accertamento o al pagamento dell'accisa» e, al comma IV, stabilisce: «se la quantità di oli minerali è superiore a 2000 chilogrammi la pena è della reclusione da 1 a 5 anni, oltre la multa».

Con sentenza del 25 settembre 2003 la Corte di giustizia ha statuito la violazione, da parte dell'Italia, degli obblighi imposti dall'art. 3 par. 2 della direttiva del Consiglio n. 92/12/Cee, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa nonché dell'art. 8, par. 1, lett. a. della direttiva del Consiglio n. 92/81/Ce, relativa alla armonizzazione delle strutture delle accise sugli oli minerali, per aver mantenuto in vita l'imposta di consumo sugli oli lubrificanti alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato.

Tale decisione ha comportato l'immediata inapplicabilità della normativa nazionale (art. 62 D.L.vo 504/95) dichiarata in contrasto con le direttive comunitarie n. 81/1992 e n. 12/1992 e, conseguentemente, l'immediata operatività del principio comunitario espresso dall'art. 8, n. 1. della direttiva n. 81/92, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella predetta sentenza, laddove viene stabilito il divieto di sottoporre ad imposta di consumo gli oli lubrificanti non destinati all'uso come combustibili o carburanti.

In tal senso si è espressa la Corte costituzionale con sentenze n. 389 del 4 luglio 1989 e n. 168 del 18 aprile 1991.

In data 27 ottobre 2003 è stata però adottata la direttiva del Consiglio n. 2003/96/Cee, che ha ristrutturato il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità.

In seguito all'adozione della predetta direttiva si è verificata la sostanziale neutralizzazione, a partire dalla data di applicazione della stessa (1 gennaio 2004), degli effetti derivanti dalla menzionata sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 2003, per cui deve ritenersi compatibile con le disposizioni comunitarie mantenere in vigore l'imposta di consumo prevista dall'art. 62 D.L.vo succitato.

Dal 1 gennaio 2004, infatti, la direttiva del Consiglio n. 2003/96/Cee del 27 ottobre 2003 autorizza gli Stati membri ad applicare forme di tassazione sui prodotti energetici impiegati per fini diversi dall'utilizzazione come carburante per motori o combustibile per riscaldamento, subordinatamente all'emanazione, entro il 31 dicembre 2003, di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, da parte degli Stati membri.

La difesa ha eccepito la mancanza, da parte dello Stato italiano, dell'emanazione delle suddette disposizioni entro il termine previsto ed ha pertanto chiesto l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Occorre però rilevare che lo Stato italiano non ha provveduto alla tempestiva emanazione di nuove disposizioni in materia, in quanto la normativa preesisteva alla direttiva dell'ottobre 2003, che l'ha resa nuovamente applicabile.

L'art. 6 della legge di conversione 27 febbraio 2002 n. 16, infatti, aveva soppresso l'imposta di consumo sugli oli lubrificanti prevista dall'art. 62 del D.L.vo 504/95, ma il comma II della stessa norma, precisando che l'efficacia dell'articolo è subordinata all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 7, comma 5 bis (in realtà mai avvenuta), aveva di fatto sospeso l'efficacia della soppressione dell'art. 62 fino all'emanazione del regolamento anzidetto.

La norma, pertanto, non è in realtà mai stata abrogata.

La sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 2003, infatti, non ha comportato l'abrogazione della normativa nazionale, ma sancendone la contrarietà all'ordinamento comunitario ne ha consentito, al più, la disapplicazione da parte del giudice nazionale.

Non essendo mai stato abrogato l'art. 62 del D.L.vo 504/95, non si è resa necessaria l'emanazione da parte dello Stato italiano di una nuova normativa di recepimento della direttiva comunitaria.

La qualifica professionale rivestita dall'imputato, inoltre, non consente di ritenere accoglibili i rilievi difensivi circa la mancata conoscibilità della fonte normativa e la consapevolezza che i prodotti commercializzati contenessero oli lubrificanti.

Le direttive della Comunità europea, all'evidenza, sono pubblicizzate, al pari delle leggi nazionali, attraverso la gazzetta ufficiale e la mancata conoscenza non può certamente valere ad esonerare da responsabilità colui che è tenuto ad osservarle.

Non risulta, inoltre, verosimile, tenuto conto, oltre che della qualifica professionale, della altissima percentuale di oli lubrificanti rinvenute all'interno dei prodotti in oggetto, che non fosse a conoscenza dei componenti dei prodotti acquistati.

Sussiste l'aggravante contestata, in considerazione della quantità di oli lubrificanti riscontrata (né contestata dalla difesa).

Si ritengono concedibili le circostanze attenuanti generiche, in considerazione delle incensuratezza dell'imputato.

La prova dell'oggettività dei fatti di cui al capo d'imputazione, risulta, pertanto, raggiunta e pena ritenuta di giustizia, considerati i criteri di cui all'art. 133 c.p., in particolare la natura, la specie e le modalità dell'azione, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche, risulta essere quella di mesi 8 di reclusione (pena base mesi 18 di reclusione ed euro 45.000 di multa – non nel minimo di legge in considerazione della notevole quantità di olio lubrificante accertata – ridotta ex art. 62 bis c.p. ad anni 1 di reclusione ed euro 30.000, ulteriormente ridotta per il rito).

Pena sospesa in considerazione dell'assenza di precedenti penali a carico dell'imputato e della natura del reato contestato.

Consegue, per legge, la condanna al pagamento delle spese processuali.

(Omissis)

SE LA RESPONSABILITÀ PENALE DI UN SINGOLO POSSA ESSERE FONDATA SULLE DISPOSIZIONI DI UNA DIRETTIVA COMUNITARIA NON CORRETTAMENTE E TEMPESTIVAMENTE RECEPITA ALL'INTERNO DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI NAZIONALI

Sommario: *Premessa - 1. La fattispecie di causa - 2. La responsabilità penale di un singolo non può essere fondata su disposizioni nazionali dichiarate incompatibili con il diritto comunitario - 3. La responsabilità penale di un singolo non può essere fondata su disposizioni di una direttiva comunitaria non correttamente e tempestivamente recepita all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali - 4. Conclusioni.*

Premessa

La sentenza del Tribunale penale di Milano, qui in commento, si segnala perché evidenzia le difficoltà che, a quasi cinquant'anni dall'entrata in vigore dei Trattati di Roma¹, il diritto comunitario ancora incontra per essere correttamente applicato all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Nella fattispecie di causa, l'affermazione della responsabilità penale di un singolo dipendeva dall'eventuale efficacia giuridica, nell'ordinamento nazionale, delle disposizioni di una direttiva comunitaria il cui termine per il recepimento era scaduto senza che lo Stato italiano avesse provveduto ad emanare la normativa interna di attuazione.

La controversia di cui alla sentenza del Tribunale penale di Milano aveva ad oggetto il mancato pagamento delle accise richieste in Italia per la commercializzazione di prodotti lubrificanti contenenti oli minerali non utilizzati a fini di combustione. La materia è compiutamente disciplinata in sede comunitaria e, più precisamente, dalle direttive seguenti: n. 92/12/Cee relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa; n. 92/81/Cee relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sugli oli minerali come modificata dalla direttiva n. 94/74/Ce² e dalla di-

¹ Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) e il Trattato CEEA per lo sfruttamento a fini pacifici dell'energia nucleare sono stati firmati il 25 marzo 1957 e sono entrati in vigore il 1° gennaio 1958.

² Cfr. direttiva n. 92/12/Cee del Consiglio, del 25 febbraio 1992, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, in *Guce* n. L 76 del

rettiva n. 2003/96/Ce del Consiglio del 27 ottobre 2003 che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità³.

Per quanto riguarda l'ordinamento nazionale, rilevano il decreto legislativo n. 504 del 26 ottobre 1995 - Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative⁴, la legge n. 16 del 27 febbraio 2002, conversione in legge, con modificazioni del dl n. 452 del 28 dicembre 2001 recante disposizioni urgenti in tema di accise, di gasolio per autotrazione, di smaltimento di oli usati, di giochi e scommesse, nonché sui rimborsi IVA, e la legge n. 265 del 22 novembre 2002 che ha convertito in legge il dl n. 209 del 24 settembre 2002⁵.

La disciplina delle accise è regolamentata in sede comunitaria.

Con la direttiva n. 92/81/Cee, agli Stati membri è stato vietato di sottoporre al pagamento dell'accisa i prodotti lubrificanti contenenti oli minerali non utilizzati a fini di combustione. Lo Stato italiano, in violazione della disciplina comunitaria, decise, con l'art. 62 del dlgo n. 504/95, di sottoporre ugualmente al pagamento dell'accisa tali prodotti.

La Corte di giustizia con sentenza del 25 settembre 2003, a seguito di una procedura di infrazione introdotta dalla Commissione europea, ha condannato per inadempimento la Repubblica italiana dichiarando l'art. 62 del dlgo n. 504/95 incompatibile con l'ordinamento comunitario⁶.

Dopo tale sentenza, la Repubblica italiana ha apparentemente adeguato il proprio ordinamento a quello comunitario adottando una disposizione che, se da un lato, prevede la soppressione dell'obbligo di pagamento di cui all'art. 62 del dlgo n. 504/95, dall'altro lato, subordina l'efficacia giuridica di tale

23 marzo 1992, p. 1; direttiva n. 92/81/Cee del Consiglio, del 19 ottobre 1992, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sugli oli minerali, in *Guce* n. L 316 del 31 ottobre 1992, p. 12, come modificate dalla direttiva n. 94/74/Ce, in *Guce* n. L 365 del 31 dicembre 1994, p. 46.

³ Cfr. direttiva n. 2003/96/Ce del Consiglio, del 27 ottobre 2003, che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2003, p. 51.

⁴ Dlgo n. 504 del 26 ottobre 1995, in *Guri* n. 279 del 29 novembre 1995.

⁵ Dl n. 452 del 28 dicembre 2001, in *Guri* n. 49 del 27 febbraio 2002; legge n. 265 del 22 novembre 2002, conversione in legge, con modificazioni, del dl n. 209 del 24 settembre 2002, recante disposizioni urgenti in materia di razionalizzazione della base imponibile, di contrasto all'elusione fiscale, di crediti di imposta per le assunzioni, di detassazione per l'autotrasporto, di adempimenti per i concessionari della riscossione e di imposta di bollo, in *Guri* n. 275 del 23 novembre 2002.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 2003 in causa n. C-437/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9861. In generale sulla procedura d'infrazione: A. BARAV - G. VANDERSANDEN, *Contentieux Communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 272 ss.; F. JEANTET, *Portée de l'application directe par les tribunaux d'une condamnation pour manquement prononcée par la Cour de justice*, in *Cah. dr. eur.*, 1983, p. 306 ss.; B. THOMAS, *Infractions et manquements des Etats membres au droit communautaire*, *RMC*, 1991, p. 887 ss.; R. MASTROIANNI - G. GAJA, *La procedura di infrazione ed i poteri della Commissione: chi controlla il controllore? - Cui prodest penalizzare le pubblicazioni scientifiche italiane?*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 1021 ss.; G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 477.

soppressione all'entrata in vigore di non meglio specificati regolamenti ministeriali⁷ (regolamenti, peraltro, mai adottati).

Successivamente il quadro giuridico di riferimento è stato modificato dalla direttiva n. 2003/96/Ce del Consiglio del 27 ottobre 2003⁸ che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità modificando le disposizioni comunitarie in materia di accise. Per quanto qui rileva, il nuovo testo permette agli Stati membri di applicare o non applicare l'accisa anche ai prodotti contenenti oli minerali non utilizzati a fini di combustione. La direttiva n. 2003/96/Ce abroga la direttiva n. 92/81/Cee che vietava, come già osservato, il pagamento di accisa per i prodotti lubrificanti contenenti oli minerali anche se non utilizzati ai fini di combustione. Il termine per il recepimento della direttiva n. 2003/96/Ce è scaduto il 31 dicembre 2003.

La Repubblica italiana, ad oggi, non ha ancora provveduto a recepire la direttiva n. 2003/96/Ce nell'ordinamento nazionale. Per tale inadempimento è stata recentemente condannata dalla Corte di giustizia di Lussemburgo⁹.

1. La fattispecie di causa

Dopo aver sommariamente delineato il quadro giuridico di riferimento, possiamo ora descrivere, in estrema sintesi, la fattispecie processuale che ha dato vita alla sentenza qui annotata.

Nell'ambito della consueta attività di controllo, l'Ufficio Tecnico di Finanza dell'Agenzia delle Dogane di Milano, procedeva ad una serie di controlli volti a verificare, presso gli operatori economici, il corretto pagamento dell'imposta di consumo sui prodotti contenenti oli minerali.

Il periodo oggetto di verifica copriva gli anni dal 1999 al 2004 (mese di marzo).

Nel caso di specie, gli accertatori rilevavano che una società italiana soggetta a verifica, pur commercializzando prodotti antischiama contenenti oli minerali, non utilizzati come carburanti, provenienti da un Paese comunitario, non aveva provveduto a versare l'accisa prevista dall'art. 62 del dlgs n. 504/95. L'ordinamento italiano punisce tale violazione sia con una sanzione di natura amministrativa, sia con una sanzione di natura penale.

Alla luce dell'indagine sopra descritta, l'Agenzia delle Dogane di Milano trasmetteva alla Procura di Milano una notizia di reato per aver riscontrato la violazione dell'art. 62 del citato dlgs n. 504/95. Il Pubblico Ministero incaricato, ritenendo la notizia di reato fondata, chiedeva il rinvio a giudizio del

⁷ Cfr. *supra*, nota 4.

⁸ Cfr. *supra*, nota 3.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006 in causa n. C-360/05, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

legale rappresentante della predetta società per non aver pagato l'imposta di consumo sui prodotti commercializzati oggetto del controllo.

A parere della Procura di Milano e del Tribunale di Milano, che ha pronunciato la sentenza qui annotata, il reato si è consumato unicamente in un arco temporale ben definito: dal primo gennaio 2004 al marzo 2004.

Tale precisazione, come verrà osservato in seguito, riveste una certa importanza per evidenziare l'errore commesso dal Tribunale penale di Milano nella motivazione della sentenza di condanna.

La tesi dei Giudici meneghini si fonda principalmente su una circolare dell'Agenzia delle Dogane.

L'Agenzia delle Dogane, pur conoscendo bene la sentenza della Corte di giustizia che ha condannato l'Italia per l'incompatibilità dell'art. 62 del dlgo n. 504/95 con l'ordinamento giuridico comunitario¹⁰, ha ritenuto, sulla base di "un'interpretazione artigianale" del diritto comunitario, che tale incompatibilità venisse automaticamente a cessare allo scadere del termine previsto per la trasposizione nei diversi ordinamenti giuridici nazionali della direttiva n. 2003/96/Ce. Tale termine, come già segnalato, è scaduto il 31 dicembre 2003 senza che l'Italia provvedesse al recepimento della direttiva nell'ordinamento nazionale, mentre l'Agenzia delle Dogane riteneva che l'accisa fosse dovuta anche in assenza di tale recepimento.

I Giudici milanesi hanno ritenuto la tesi dell'Agenzia delle Dogane corretta considerando il reato consumato a partire dal 1° gennaio 2004: data entro la quale la Repubblica italiana avrebbe dovuto (ma non l'ha fatto) recepire nel proprio ordinamento le disposizioni della direttiva n. 2003/96/Ce.

Sulla base di tale argomento giuridico è stata dichiarata la responsabilità dell'imputato con irrogazione di una sanzione penale (in aggiunta ad una di carattere amministrativo).

2. La responsabilità penale di un singolo non può essere fondata su disposizioni nazionali dichiarate incompatibili con il diritto comunitario

La pronuncia del Tribunale di Milano deve essere decisamente criticata poiché, da un lato, fonda la responsabilità penale di un singolo su una norma nazionale dichiarata incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario, dall'altro lato, poiché irroga una sanzione penale a un cittadino unicamente sulla base delle disposizioni di una direttiva comunitaria non ancora recepita nell'ordinamento giuridico italiano.

Come già segnalato, l'art. 62 del dlgo n. 504/95 è stato dichiarato incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario dalla Corte di giusti-

¹⁰ Cfr. *supra*, nota 5.

zia¹¹. La Corte di giustizia ha stabilito che la Repubblica italiana: «(...) *mantenendo in vigore con l'art. 62 primo comma del dlgvo 26 ottobre 1995 n. 504 – Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative –, un'imposta sul consumo degli oli lubrificanti alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, ha violato gli obblighi ad essa imposti dall'art. 3 n. 2 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, n. 92/12/Cee (...) e dell'art. 8 n. 1 lett. a. della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, n. 92/81/Cee (...)»¹².*

Per l'ordinamento comunitario, l'art. 62 del dlgvo n. 504/92 è quindi illegittimo. La Repubblica italiana aveva (*rectius* ha) l'obbligo di conformare il proprio ordinamento alla citata sentenza di condanna della Corte di giustizia.

L'Italia avrebbe dunque dovuto abrogare la norma interna contraria all'ordinamento comunitario; in mancanza di tale espressa abrogazione l'illegittimità comunitaria permane.

La Corte di giustizia ha da tempo chiarito quali sono gli obblighi giuridici gravanti sugli Stati membri destinatari di una sua sentenza che accerta la violazione di obblighi comunitari, una sentenza che «(...) *accerta l'incompatibilità con il Trattato di talune disposizioni legislative di uno Stato membro, implica per le autorità che partecipano all'esercizio del potere legislativo, l'obbligo di modificare tali disposizioni in modo da conformarle alle esigenze del diritto comunitario. I giudici dello Stato membro interessato - dal canto loro - devono garantire l'osservanza della sentenza nell'espletamento dei loro compiti (...)»*¹³.

I giudici comunitari sono stati ancora più espliciti in relazione alle modalità con cui gli Stati membri hanno l'obbligo di modificare il loro ordinamento giuridico per adattarlo al diritto comunitario: «(...) *Infatti, secondo una costante giurisprudenza, il conservare immutata, nella normativa di uno Stato membro, una disposizione incompatibile col diritto comunitario (...) determina una situazione di fatto ambigua lasciando gli amministrati in uno stato d'incertezza circa le possibilità di cui dispongono di valersi del diritto comunitario; questo stato di cose costituisce quindi, da parte dello Stato membro interessato, un inadempimento degli obblighi impostigli dal Trattato (in particolare, sentenza del 26 aprile 1988 in causa n. 74/86, Commissione c. Germania, Raccolta, p. 2139, punto 10). Inoltre, la Corte ha più volte ricordato come l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie possa essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare (in particolare, sentenza del 15 ottobre 1986 in causa n. 168/85, Commis-*

¹¹ Cfr. *supra*, nota 6.

¹² Cfr. *supra*, nota 5. Corsivo aggiunto.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1982 in cause riunite da n. 314/81 a n. 316/81 e n. 83/82, *Procuratore della Repubblica c. Waterkeyn*, in *Raccolta*, 1982, p. 4337 ss. Corsivo aggiunto.

sione c. Italia, Raccolta, p. 2945, punto 13). A questo proposito, è sufficiente rilevare come né la circolare, né il semplice rinvio al regolamento effettuato nella nota a fondo pagina possano essere qualificati come disposizioni interne dotate del valore giuridico predetto»¹⁴.

L'efficacia vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale delle sentenze della Corte di giustizia pronunciate a seguito di una procedura di infrazione è da tempo riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale italiana¹⁵.

Come già segnalato, al fine di ottemperare alla sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 2003, la Repubblica italiana ha adottato la l. 27 febbraio 2002 n. 16 - conversione in legge, con modificazioni del dl n. 452 del 28 dicembre 2001 recante disposizioni urgenti in tema di accise, di gasolio per autotrazione, di smaltimento di oli usati, di giochi e scommesse, nonché sui rimborsi IVA¹⁶.

L'art. 6 della citata legge se, da un lato, ha soppresso l'art. 62 del dlgo n. 504/95, ha subordinato, dall'altro lato, l'efficacia giuridica di tale abrogazione «(...) a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 7 comma 5 bis (...)»¹⁷ della l. n. 16/2002. Tali regolamenti non sono mai stati adottati. In sintesi l'art. 6 della l. n. 16/2002 ha mantenuto surrettiziamente in vigore l'art. 62 del dlgo n. 504/95.

La Repubblica italiana si è quindi solo formalmente conformata alla sentenza della Corte di giustizia continuando ad applicare, all'interno del suo sistema giuridico, una norma (l'art. 62 del dlgo n. 504/95) già giudicata dalla giurisprudenza comunitaria incompatibile con l'ordinamento comunitario stesso poiché in contrasto con la direttiva n. 92/81/Cee e con la direttiva n. 92/12/Cee.

Orbene, il Tribunale di Milano, al momento di applicare una disposizione nazionale incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario, avrebbe dovuto domandarsi se tale norma, unica base giuridica su cui fondare l'eventuale responsabilità penale dell'imputato, potesse ancora dispiegare una qualche efficacia giuridica nell'ordinamento interno.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2000 in causa n. C-160/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2000, I, punti 21-24. Corsivo aggiunto.

¹⁵ Sentenza della Corte costituzionale dell'11 luglio 1989 n. 389, in questa *Rivista*, 1989, p. 395 con commento di F. CAPELLI, *Nuove prospettive di adattamento della normativa italiana comunitaria (I decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri)*, 403 ss. Circa il rapporto tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento nazionale v. anche P. PESCATORE, *Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la Cour des Justice des Communautés européennes*, Dalloz, 1969, p. 179; F. GABRIELE - A. CELOTTO, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale*, Bari, Cacucci, 2001, A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla «teoria» della separazione alla «prassi» dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1583, L. SICO, *Ancora sul rapporto tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1018 ss.; F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norme Cee e leggi nazionali*, in questa *Rivista*, 1984, p. 204.

¹⁶ Cfr. *supra*, nota 4.

¹⁷ Corsivo aggiunto.

Anche un rapido esame della giurisprudenza comunitaria avrebbe evitato ai giudici milanesi un evidente errore interpretativo. Sul punto la giurisprudenza della Corte di giustizia è univoca e costante. In un caso analogo a quello che stiamo esaminando i Giudici comunitari hanno affermato che: «(...) occorre constatare che non avendo adottato i provvedimenti necessari per dare esecuzione alla citata sentenza nella causa n. 203/87 la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 171 del Trattato [ora art. 228]. (...) Deve infine ricordarsi che, in ogni caso, la declaratoria dell'inadempimento, da parte di uno Stato membro, degli obblighi comunitari ad esso imposti implica, sia per le autorità giudiziarie sia per quelle amministrative del medesimo Stato membro, per un verso, il divieto assoluto di applicare il regime di esenzione fiscale dichiarato incompatibile e, per l'altro, l'obbligo di adottare tutte le disposizioni intese ad agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (sentenze 13 luglio 1972, causa n. 48/71, *Commissione c. Italia* (Raccolta, p. 529, punto 7 della motivazione) e 22 giugno 1989, causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo* (Raccolta, p. 1839, punto 33 della motivazione)»¹⁸.

La giurisprudenza comunitaria ha dunque chiaramente affermato che la norma interna incompatibile con il diritto comunitario non può avere alcuna efficacia giuridica. Ne consegue che i giudici degli Stati membri non possono applicare una norma incompatibile con il diritto comunitario per decidere una fattispecie di causa sottoposta al loro giudizio.

La circostanza che la Comunità europea abbia adottato successivamente una direttiva che modifica il quadro giuridico di riferimento non muta i termini della questione.

Una modifica della normativa comunitaria non può certo incidere sull'autorità di una sentenza della Corte di giustizia che dichiara l'incompatibilità della norma interna con il diritto comunitario. Se l'adozione di una direttiva comunitaria (peraltro non tempestivamente attuata nell'ordinamento giuridico nazionale) potesse automaticamente incidere sulla qualificazione di una norma interna, già giudicata incompatibile con il diritto comunitario, sanando tale illegittimità, il principio della certezza del diritto verrebbe compromesso. La sentenza del Tribunale penale di Milano è la conferma di quanto sopra affermato. Un cittadino viene condannato penalmente in virtù di una modifica della normativa comunitaria che non può avere alcuna efficacia nell'ordinamento interno. D'altro canto uno Stato membro, dichiarato inadempiente dalla Corte di giustizia, che persiste in tale inadempimento omettendo di adeguarsi alla sentenza della Corte, non modifica il proprio ordinamento e, nel più assoluto "silenzio normativo", riprende ad applicare una disposizione considerata inapplicabile perché incompatibile con il diritto comunitario.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 1993 in causa n. C-101/91, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 191, punto 24. Corsivo aggiunto.

La violazione dei più elementari principi dello Stato di diritto appare evidente.

La Corte di giustizia¹⁹ e la Corte costituzionale italiana²⁰ hanno da tempo risolto le problematiche giuridiche relative alla soluzione dei contrasti tra norma comunitaria e norma interna.

I giudici nazionali e le pubbliche amministrazioni²¹, in caso di conflitto tra una norma interna ed una norma comunitaria, hanno l'obbligo di disapplicare la norma interna limitatamente alla fattispecie da decidere, al fine di conformare l'ordinamento giuridico nazionale a quello comunitario.

Nel caso di specie, il giudice nazionale avrebbe potuto operare in due modi: disapplicare *tout court* l'art. 62 del dlgo n. 504/95 perché contrario al diritto comunitario, come precisato dalla stessa Corte di giustizia, oppure disapplicare il comma 3 dell'art 6 della l. n. 16/2002 che subordina la soppressione dell'art. 62, sopra citato, all'entrata in vigore di non meglio precisati regolamenti ministeriali.

Il risultato sarebbe stato il medesimo: disapplicazione nell'ordinamento nazionale di una norma in contrasto con il diritto comunitario.

In conclusione si può affermare che l'art. 62 del dlgo n. 504/95 non può trovare alcuna applicazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e tanto meno può essere posto a fondamento di un procedimento che prevede l'irrogazione di sanzioni di natura penale a carico di un cittadino. In sintesi il Tribunale penale di Milano avrebbe dovuto semplicemente disapplicare l'art. 62 del dlgo n. 504/95 ed assolvere l'imputato perché il comportamento contestato non può integrare alcuna fattispecie criminosa.

L'errore commesso dal Tribunale di Milano appare palese.

3. La responsabilità penale di un singolo non può essere fondata su disposizioni di una direttiva comunitaria non correttamente e tempestivamente recepita all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali

La sentenza del Tribunale penale di Milano, qui annotata, deve essere criticata anche sotto un altro profilo.

¹⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1141; del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal c. Amministrazione delle Finanze*, in *Raccolta* 1978, p. 629.

²⁰ Sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984 del 5 giugno 1984, in questa *Rivista*, 1984, p. 193 ss. con commento di F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norme Cee e leggi nazionali*, p. 204 ss. e di M. DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario*, p. 206 ss.

²¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 389 dell'11 luglio 1989, *cit. supra*, nota 12. Circa la disapplicazione da parte della pubblica amministrazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario cfr. ordinanza del Prefetto della Provincia di Milano del 9 marzo 2001, in questa *Rivista*, 2002, p. 601 con commento di E. ADOBATI, *Il Prefetto dirime un caso di conflitto fra normativa comunitaria e normativa nazionale disapplicando la norma nazionale*, p. 603 ss.

Come più volte osservato, la direttiva n. 2003/96/Ce permette agli Stati membri di introdurre una tassazione per i prodotti contenenti oli minerali anche se utilizzati per fini diversi dal riscaldamento o dalla combustione. La direttiva doveva essere recepita nei diversi Stati membri entro il 31 dicembre 2003.

Il Tribunale penale di Milano, con un'interpretazione giuridicamente non corretta, ha ritenuto che dal 1° gennaio 2004 lo Stato italiano, pur in assenza di una normativa interna di recepimento della citata direttiva comunitaria, potesse continuare ad applicare l'art. 62, primo comma, del dlgs n. 504/95, norma dichiarata incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario, formalmente abrogata dal legislatore nazionale, ma sostanzialmente mai soppressa.

Sul punto il Tribunale così motiva: «(...) Occorre, però, rilevare che lo Stato italiano non ha provveduto alla tempestiva emanazione di nuove disposizioni in materia, in quanto la normativa preesisteva alla direttiva dell'ottobre 2003, che l'ha resa nuovamente applicabile. L'art. 6 della legge di conversione 27 febbraio 2002 n. 16, infatti, aveva soppresso l'imposta di consumo sugli oli lubrificanti prevista dall'art. 62 del dlgs. n. 504/95, ma il comma III della stessa norma, precisando che l'efficacia dell'articolo è subordinata all'entrata in vigore del regolamento di cui (...) aveva di fatto sospeso l'efficacia della soppressione dell'art. 62. (...) Non essendo mai stato abrogato l'art. 62 dlgs n. 504/1995, non si è resa necessaria l'emanazione da parte dello Stato italiano di una nuova normativa di recepimento della direttiva comunitaria (...)»²².

Il Tribunale penale di Milano, da un lato, sembra ritenere che una norma nazionale, già giudicata incompatibile con l'ordinamento comunitario possa continuare a produrre effetti giuridici in virtù di una direttiva successiva non attuata nell'ordinamento nazionale, dall'altro lato, ritiene che una direttiva comunitaria possa determinare effetti giuridici pregiudizievoli nei confronti dei singoli (responsabilità penale) anche in assenza di una sua corretta trasposizione nell'ordinamento interno.

In primo luogo si osserva che il Tribunale di Milano, benché a conoscenza del mancato recepimento della direttiva n. 2003/96/Ce nell'ordinamento nazionale, ritiene, con un'interpretazione veramente singolare, che la normativa nazionale adottata nel 1995, dichiarata incompatibile con il diritto comunitario, ripetiamo, dalla Corte di giustizia con la sentenza del 25 settembre 2003, sia idonea a recepire una direttiva comunitaria successivamente adottata nel mese di ottobre del 2003!

L'assurdità dell'affermazione risulta palese.

Come è noto, e sul punto si ritornerà più avanti, il Trattato CE (cfr. art. 249 - ex art. 189) prevede l'obbligo per gli Stati membri di recepire, con apposite norme interne da comunicare alla stessa Commissione europea, tutte le direttive adottate in sede comunitaria.

²² Sentenza del tribunale di Milano n. 6/1089, sopra riportata. Corsivo aggiunto.

Proprio il mancato recepimento della direttiva n. 2003/96/Ce ha determinato infatti la procedura d'infrazione introdotta dalla Commissione europea contro la Repubblica italiana. Tale procedura si è recentemente conclusa con sentenza di condanna della Corte di giustizia²³.

La circostanza è sufficiente per evidenziare la gravità dell'errore contenuto nella motivazione della sentenza qui annotata.

In ogni caso, per meglio comprendere l'errore commesso dal Tribunale penale di Milano, si ritiene opportuno richiamare brevemente le caratteristiche principali delle direttive comunitarie²⁴.

Come è noto, la direttiva è un atto comunitario di carattere normativo, giuridicamente vincolante previsto nell'art. 249 (ex art. 189) del Trattato CE. Il terzo comma dell'art. 249 CE così recita: «(...) la direttiva vincola lo Stato membro a cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi (...)»²⁵.

La direttiva prevede un termine di entrata in vigore per ciò che attiene all'ordinamento comunitario (c.d. *vacatio legis*) ed un termine entro il quale le sue disposizioni devono essere recepite nei diversi ordinamenti nazionali.

La direttiva dunque è un atto normativo rivolto unicamente agli Stati membri e non è direttamente applicabile nei confronti dei singoli all'interno dei diversi ordinamenti nazionali. Le norme nazionali di recepimento devono essere adottate nel termine perentorio previsto dalla stessa direttiva comunitaria e devono essere obbligatoriamente comunicate alla Commissione europea. La direttiva n. 2003/96/Ce non rappresenta certo un'eccezione alla regola generale ed impone (cfr. art. 28) agli Stati membri l'obbligo di adottare e pubblicare le disposizioni nazionali di recepimento entro il 31 dicembre 2003, facendo riferimento, all'interno di esse, alla direttiva n. 2003/96/Ce, comunicando altresì alla Commissione europea il testo delle disposizioni nazionali di attuazione.

Nel caso in cui lo Stato membro non abbia adottato un atto interno di natura formale che recepisca nel suo ordinamento giuridico le disposizioni contenute in una direttiva comunitaria, quest'ultima non potrà dispiegare alcuna efficacia nell'ordinamento giuridico nazionale.

La giurisprudenza della Corte di giustizia è univoca e costante nell'affermare che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti²⁶.

²³ *Cit. supra*, nota 9.

²⁴ Cfr. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 120 ss.

²⁵ Corsivo aggiunto.

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 1986 in causa n. C-152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, 1986, p. 723, punto 48; del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325, punto 20 e in questa *Rivista*, 1994, p. 361 ss. con commento di F. CAPELLI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, p. 367 ss. e 7 gennaio 2004 in causa n. C-201/02, *Wells*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 723, punto 56. Sulla sentenza *Faccini Dori* cfr. inoltre

Tale principio viene derogato solo ed esclusivamente quando la direttiva può essere invocata a favore dei singoli (cittadini e imprese). Come è noto, infatti, nel caso in cui la direttiva comunitaria (o alcune sue disposizioni) riconosca ai singoli determinati diritti (la norma deve essere chiara, precisa e non sottoposta a condizione), la giurisprudenza della Corte di giustizia consente ai singoli medesimi di avvalersi della direttiva per contrastare le pretese di uno Stato membro (nell'accezione più ampia: enti locali, pubbliche amministrazioni, società di diritto privato controllate dallo Stato) che sia risultato inadempiente per non aver dato (corretta) esecuzione alla direttiva medesima. In tal caso si parla di efficacia diretta verticale di una direttiva non recepita (o non correttamente recepita) da uno Stato membro. L'efficacia diretta può essere fatta valere unicamente dai singoli contro lo Stato e/o contro gli Enti pubblici²⁷.

La Corte, nella sua giurisprudenza, non ha mai stabilito che una direttiva non trasposta negli ordinamenti interni potesse costituire una disciplina normativa idonea a regolare i rapporti tra i singoli. I giudici comunitari hanno affermato sia il principio della c.d. interpretazione conforme²⁸, sia l'obbligo per gli Stati membri di non adottare norme interne contrastanti con una direttiva comunitaria non ancora scaduta²⁹, ma non hanno mai dichiarato la c.d. efficacia orizzontale delle direttive comunitarie (la diretta efficacia tra privati).

Ciò premesso, occorre stabilire se lo Stato italiano possa, esso stesso, pur non avendo dato attuazione tempestiva ad una direttiva comunitaria, far valere le disposizioni della direttiva non trasposta nei confronti dei propri cittadini modificando in senso negativo le loro posizioni giuridiche soggettive.

Secondo la Corte di giustizia, uno Stato membro che non ha adempiuto ai propri obblighi comunitari non può pretendere il rispetto dai suoi cittadini e ciò, a maggior ragione, nel caso in cui la direttiva comporti l'introduzione o

L. DANIELE, *La Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta "intermittente" delle direttive comunitarie*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 38 ss.; F. EMMERT - M. PEREIRA DE AZEVEDO, *Les jeux sont faits: rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1995, p. 11 ss.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994, *Faccini Dori*, cit. supra, nota 20; del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, cit. supra, nota 20; del 12 luglio 1990 in causa n. C-188/89, *Foster e altri c. British Gas*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3313; del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, *Ratti*, in *Raccolta*, 1979, p. 1629 ss. D. CURTIN, *Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights*, *CMLR*, 1990, p. 709 ss.; R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi, alternative e principio di uguaglianza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 81; R. MASTROIANNI, *On the distinction between vertical and horizontal effects of Community directives: what role for the principle of equality?*, in *Eur. Public Law*, 1999, p. 417; P. PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effect: an Infant Disease of Community law*, in *Eur. Law Rev.*, 1983, p. 155; C. TIMMERMANS, *Community Directives revisited*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p.1; cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2005, p. 140 ss.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135 ss. Cfr. F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive C.E.E. in materia societaria*, in *Le Società*, 1991, p. 440 ss.

²⁹ Ordinanza della Corte di giustizia del 21 marzo 1997 in causa n. C-95/97, *Région wallonne c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1787 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 500 nonché sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, *Mangold*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981 ss.

l'aggravamento di responsabilità, anche penali, in capo ai singoli.

A titolo di esempio, citiamo la sentenza della Corte di giustizia emessa nella causa *Arcaro*³⁰. Nel caso di specie, il signor Arcaro era stato incriminato dal Pretore di Vicenza per aver superato, nello sversamento di un prodotto inquinante (cadmio) nella rete idrica, i nuovi limiti più rigorosi fissati da precise direttive comunitarie. Tali direttive però non erano ancora state recepite dallo Stato italiano all'interno del suo ordinamento giuridico.

La Corte di giustizia ha quindi statuito, iniziando un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, che una direttiva, in mancanza di norme di recepimento interne, non può determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che non osservano le sue disposizioni³¹. In conclusione, in assenza di una specifica normativa nazionale di attuazione della direttiva n. 2003/96/Ce, tale direttiva non potrà dispiegare alcun effetto giuridico.

Nel caso qui esaminato, invece, un singolo è stato condannato penalmente sulla base di disposizioni di una direttiva comunitaria – scaduta ma non attuata – che non sono state neppure citate nella motivazione della sentenza!

Il Tribunale di Milano, pur avendo potuto prendere atto di una difesa fondata sugli argomenti giuridici sopra esaminati, ha dimostrato di voler consapevolmente ignorare la consolidata e rilevante giurisprudenza comunitaria, pronunciando una sentenza i cui limiti e i cui errori giuridici sono evidenti.

4. Conclusioni

Come già evidenziato, la sentenza del Tribunale penale di Milano presta il fianco a numerose critiche.

Tali critiche riguardano sia la procedura seguita, sia il merito.

Per quanto riguarda la procedura, il Tribunale di Milano ha ignorato, consapevolmente o per un'insufficiente conoscenza dell'ordinamento comunitario, lo strumento previsto dal Trattato per assicurare la corretta interpretazione del diritto comunitario: il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 CE. Tale strumento

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, Procedimento penale a carico di *L. Arcaro*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705 e in *Riv. giur. ambiente* 1997, p. 249 con nota di A. GRATANI, p. 257 ss.

³¹ In argomento si vedano le sentenze della Corte di giustizia dell'11 giugno 1987 in causa n. C-14/86, *Pretore di Salò*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545, punto 20; dell'8 ottobre 1987 in causa n. C-80/86, *Nijmegen*, in *Raccolta*, 1987, p. 3969, punto 13; del 12 dicembre 1996 in cause riunite n. C-74/95 e n. C-129/95, Procedimento penale a carico di *X*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6609 (cfr. nota di F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia Ce sui terminali e la responsabilità dei datori di lavoro*, p. 129); del 7 gennaio 2004 in causa n. C-60/02, Procedimento penale a carico di *X*, in *Raccolta*, 2004, I, punto 61; del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565. Vedi anche F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi ed altri*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 211.

assicura la miglior collaborazione tra giudici nazionali e giudice comunitario³².

Orbene, se, da un lato, è pur vero che l'art. 234 CE impone solo al giudice nazionale di ultima istanza di sospendere il processo interno e di rinviare gli atti alla Corte di giustizia, dall'altro lato, è parimenti vero che il giudice nazionale, investito di una causa che deve essere decisa sulla base dell'interpretazione di disposizioni comunitarie, non può ignorare *tout court* la consolidata giurisprudenza comunitaria applicabile in materia. Tale atteggiamento è criticabile anche perché il Tribunale penale di Milano, pur dovendo giudicare della responsabilità penale di un singolo, non ha speso una parola in motivazione per argomentare, da un punto di vista strettamente giuridico, le ragioni che avevano portato ad una decisione in contrasto con la rilevante e consolidata giurisprudenza comunitaria. Nel caso di specie il giudice nazionale, anche se non giuridicamente obbligato, avrebbe dovuto utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, poiché doveva essere ben conscio che la decisione da adottare era in palese contrasto con la giurisprudenza comunitaria in materia di efficacia delle direttive non trasposte negli ordinamenti nazionali.

Per quanto riguarda il merito della pronuncia, sono già stati sopra evidenziati, da un punto di vista strettamente giuridico, gli errori commessi dal Tribunale di Milano che ha motivato la condanna penale di un singolo, da un lato, sulla base di una disposizione nazionale giudicata dalla Corte di giustizia incompatibile con il diritto comunitario (l'art. 62 del dlgs n. 504/95), e, dall'altro lato, in virtù della presunta efficacia giuridica nell'ordinamento italiano delle disposizioni di una direttiva comunitaria non ancora trasposta.

Un semplice esempio rende ancora più evidente l'equivoco in cui è caduto il giudice meneghino.

Come già evidenziato³³, sino al 31 dicembre 2003 il pagamento dell'accisa di cui si discute non è mai stato richiesto dall'Agenzia delle Dogane perché tale richiesta era correttamente ritenuta in contrasto con il diritto comunitario. Inopinatamente nel maggio 2004, l'Agenzia delle Dogane sulla base di una circolare, senza che lo Stato italiano avesse adottato alcuna legge, ha deciso

³² Sul procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia v. la Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, in *Gu-UE* n. C 143 dell'11 giugno 2005, p. 1. In generale cfr. R. JOLIET, *L'article 177 du Traité Cee et le renvoi préjudiciel*, in *Riv. dir. eur.* 1991, p. 591 ss.; R. GRAPPIOLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato Cee*, in questa *Rivista*, 1992, p. 63 ss.; L. FUMAGALLI, *Conferme giurisprudenziali in tema di procedura pregiudiziale*, in questa *Rivista*, 1994, p. 703 ss.; C. DI TURI, *Ancora sul rapporto tra giurisdizioni nazionali e Corte comunitaria in tema di rinvio pregiudiziale ex art. 177 del Trattato di Roma*, in questa *Rivista*, 1997, p. 165 ss.; G. GORI, *Il rinvio pregiudiziale e la collaborazione tra la Corte di giustizia delle Comunità europee ed i giudici nazionali alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, p. 721 ss.; M. TAVASSI, *Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in questa *Rivista*, 2000, p. 463 ss.; R. CICCONE, *Rinvio pregiudiziale e sistema giuridico comunitario*, Napoli, De Frede, 2004.

³³ Cfr. *supra*, par. 1.

di pretendere il pagamento, a far tempo dal 1° gennaio 2004, di un'imposta ritenuta sino al giorno prima in contrasto con il diritto comunitario.

Di fronte ad una tale pretesa, neppure l'operatore economico più scrupoloso avrebbe potuto immaginare che la commercializzazione degli stessi prodotti – sino al giorno prima esenti – sarebbe stata assoggettata al pagamento dell'accisa. Ed infatti nell'ordinamento giuridico italiano non è stata introdotta una sola disposizione che abbia mutato il quadro giuridico di riferimento. Anche la lettura quotidiana della *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* non avrebbe potuto essere di aiuto agli operatori economici del settore, perché in essa non è stata pubblicata alcuna nuova norma che modificasse le disposizioni rilevanti imponendo l'obbligo di pagare l'accisa per prodotti che sino al giorno prima risultavano esenti a causa dell'incompatibilità comunitaria del dlgo n. 504/95.

In definitiva lo stesso comportamento – commercializzazione di un anti-schiuma contenente oli minerali – non risultava fonte di imposizione tributaria se posto in essere, ad esempio, il 31 dicembre 2003, mentre lo diventava, nel più assoluto silenzio della legge, se effettuato il giorno 1° gennaio 2004.

La circostanza che la direttiva n. 2003/96/Ce sia stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* non muta, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale di Milano (cfr. sentenza qui commentata, p. 549), i termini giuridici del problema. La pubblicazione di una direttiva sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* rileva soltanto ai fini della sua entrata in vigore nell'ordinamento comunitario, ma non ha alcuna rilevanza per ciò che riguarda la diretta applicabilità delle sue disposizioni all'interno degli ordinamenti dei Paesi membri.

In conclusione, si può affermare che la sentenza del Tribunale penale di Milano dimostra come, anche nell'ambito degli stessi operatori del diritto, la conoscenza del diritto comunitario e dei meccanismi istituzionali di tale ordinamento sia ancora superficiale. Siffatti comportamenti anche se posti in essere dai giudici nazionali, possono diventare, come già accaduto, fonte di responsabilità per la violazione degli obblighi comunitari da parte degli Stati membri³⁴.

³⁴ Sul punto cfr. sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *A. Francovich e D. Bonifaci e altri c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempienti*, 1992, p. 91 s.; O. PORCHIA, *La responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 1993, p. 129 ss.; F. M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuato: dell'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 501; sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 52 ss.; R. FOGLIA - A. SAGGIO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Corr. giur.*, n. 1996, p. 459 ss.; sentenza del 10 luglio 1997 in cause riunite n. C-94/95 e n. C-95/95, *Danila Bonifaci e altri - Wanda Berto e altri c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3969 ss. e in questa *Rivista*, 1997, p. 669 con commento di M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 681 ss.; sentenza del 15 aprile 1997 in causa n. T-390/94, *Aloys Schröder, Jan e Karl-Julius Thamann c. Commis-*

I limiti della sentenza del Tribunale penale di Milano sono evidenti sia per quanto riguarda la metodologia scelta per affrontare un problema relativo all'interpretazione del diritto comunitario, sia per quanto riguarda la corretta applicazione delle rilevanti disposizioni dell'ordinamento comunitario. La circostanza che l'affermazione della responsabilità penale di un cittadino sia alla fine esclusivamente condizionata da una imperfetta conoscenza dei principi e delle norme fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario, desta una preoccupazione ancora maggiore.

In conclusione, a quasi cinquant'anni dall'entrata in vigore del Trattato di Roma che ha istituito la Comunità Economica Europea - Cee -, possiamo affermare, parafrasando una celebre frase di Massimo d'Azeglio, che se l'Europa è fatta (da tempo), occorre ora fare i giuristi europei!

La sentenza in commento dimostra che il cammino da compiere è ancora lungo.

Massimiliano Valcada

sione europea, in *Raccolta*, 1997, II, p. 501 e in questa *Rivista*, 1998, p. 349 con commento di L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea: la sentenza Schröder*, p. 353 ss.; sentenza del 24 settembre 1998 in causa n. C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH c. Skatteministeriet*, 1999, p. 241 ss. con commento di M. VALCADA, *Una sentenza particolare in materia di responsabilità extracontrattuale dello Stato*, 1999, p. 249 ss.; L. TRIFONE, *La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri e delle Istituzioni comunitarie in diritto comunitario: un confronto*, 1998, p. 557 ss.; F. CAPELLI, *Responsabilità della Comunità europea e degli Stati membri per violazione del diritto comunitario: rimedi e risarcimento dei danni*, in questa *Rivista*, 1998, p. 769; M. FRAGOLA, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato*, in questa *Rivista*, 1999, p. 751 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati per la violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000; P. MENGOLZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati a singoli da violazioni del diritto comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 617 ss.; sentenza del 18 gennaio 2001 in causa n. C-150/99, *Svenska staten c. Stockholm Lindöpark AB e Stockholm Lindöpark AB c. Svenska staten*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 493 ss. e in questa *Rivista*, 2002, p. 687 ss. nonché sentenza del 28 giugno 2001 in causa n. C-118/00, *Gervais Larsy c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 688 con commento di S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2002, p. 689 ss.; sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55; E. SCODITTI, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 4 ss.; G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, II, p. 1 ss.; C. PINOTTI, *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica*, 2003, n. 3.

Sul punto v. anche una recentissima sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Soc. Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica italiana*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in *Foro it.*, 2006, c. 417 con commenti di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da un provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, c. 418; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, c. 420; T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, c. 423.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

UNA DECISIONE INTERESSANTE DELLA COMMISSIONE EUROPEA IN TEMA DI CONCENTRAZIONI SOCIETARIE

Decisione della Commissione n. 2006/430/Ce del 25 agosto 2005 che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune ed il funzionamento dell'accordo SEE (Caso COMP/M.3687 - Johnson & Johnson/Guidant)*

I. Introduzione

1. Il 15 marzo 2005 alla Commissione è pervenuta notifica di un progetto di concentrazione ai sensi dell'art. 4 del regolamento (Ce) n. 139/2004 («il regolamento sulle concentrazioni») in base al quale la società Johnson & Johnson, USA («J&J») ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. *b.*, del regolamento sulle concentrazioni acquisisce il controllo dell'impresa Guidant Corporation («Guidant») in seguito all'acquisto di azioni.

A. Le parti

2. J&J è una società con sede negli Stati Uniti che nel 2003 dava lavoro a 111.000 dipendenti in varie parti del mondo e generava una cifra d'affari di circa 37 miliardi di EUR. La sua attività è ripartita in tre principali settori: beni di consumo (18% della cifra d'affari), prodotti farmaceutici (47%) e dispositivi medici e diagnostici («MD&D», 36%).

3. Guidant è una società con sede negli Stati Uniti attiva nella progettazione e lo sviluppo di dispositivi medici cardiovascolari. Nel 2003 dava lavoro a 12.000 dipendenti in varie parti del mondo e registrava una cifra d'affari di circa 3,3 miliardi di EUR. Guidant copre quattro principali settori nell'ambito dell'industria dei dispositivi medici cardiovascolari in rapida espansione: gestione del ritmo cardiaco, cardiologia interventistica, dispositivi endovascolari e cardiocirurgia.

B. L'operazione

4. La concentrazione consta dell'acquisizione del controllo esclusivo di Guidant da parte di J&J, conformemente all'art. 3, par. 1, lett. *b.*, del regolamento sulle concentrazioni.

* In *Gu-Ue* n. L 173 del 27 giugno 2006, p. 16 ss. In argomento v. *infra*, p. 573 ss., il commento di ELIANA IORIO.

II. I mercati rilevanti

5. L'indagine di mercato ha confermato che i settori più interessati dalla concentrazione sono i seguenti: 1. dispositivi di cardiologia interventistica; 2. dispositivi endovascolari; 3. dispositivi di cardiocirurgia; 4. dispositivi per la gestione del ritmo cardiaco. In quest'ultimo non si verificano sovrapposizioni in quanto J&J attualmente non è attiva in questo ambito.

A. I mercati dei prodotti rilevanti

1. Dispositivi di cardiologia interventistica

6. I dispositivi di cardiologia interventistica sono concepiti per trattare, mediante terapie minimamente invasive, le patologie coronariche. In quest'area il dispositivo più importante è lo *stent*, un minuscolo tubicino di metallo rivestito di lattice che viene impiantato nell'arteria coronarica ostruita per rimuovere la placca e fornire l'intelaiatura necessaria per mantenere pervia l'arteria in modo da permettere il flusso sanguigno.

7. Gli *stent* metallici («BMS») e gli *stent* medicati («DES») costituiscono mercati di prodotto distinti per le seguenti ragioni: non vi è significativa correlazione dei prezzi, non vi è sostituibilità dell'offerta, non vi sono differenze considerevoli nei risultati clinici, i sistemi di rimborso sono diversi. Inoltre, sebbene i BMS e i DES condividano una stessa struttura *stent* e un uguale sistema di posizionamento, nel caso degli *stent* medicati numerosi componenti rivestono un'importanza specifica (il farmaco, il dosaggio del farmaco e il ritmo di rilascio, il rivestimento a base di polimeri).

8. Per quanto concerne i cateteri guida-coronarici, le guide metalliche orientabili («SGW») e i cateteri a palloncino per angioplastica coronarica transluminare percutanea («PTCA»), l'indagine di mercato della Commissione ha stabilito che ciascuno di questi prodotti costituisce un mercato del prodotto rilevante separato. La maggior parte degli interventi richiede una serie di accessori specifici di dimensioni e forme differenti.

2. Dispositivi endovascolari

9. I dispositivi endovascolari sono utilizzati per il trattamento minimamente invasivo di numerose patologie vascolari periferiche (ovvero endovascolari) quali l'accumulo di depositi (ad esempio, calcificazione delle arterie), involucri periferici (arteriopatia periferica) e aneurismi (dilatazione patologica localizzata di un'arteria o del cuore per alterazione della sua parete).

10. Analogamente a quanto detto per gli *stent* utilizzati nella cardiologia interventistica, gli *stent* endovascolari sono sottili reticelle metalliche tubolari destinate a trattare il restringimento o il blocco di un'arteria periferica.

11. Le parti sostengono, e l'indagine di mercato condotta dalla Commissione lo ha confermato, che è necessario identificare due mercati separati per gli *stent* endovascolari: un mercato per gli *stent* espandibili su palloncino («BX») [generalmente in acciaio inossidabile e montati su cateteri a palloncino per angioplastica percutanea transluminare («PTA»)], e un mercato per gli *stent* autoespandibili («SX»), che usano una diversa tecnologia di utilizzazione. L'indagine della Commissione ha stabilito che esiste una chiara tendenza ad un'ulteriore specializzazione nel settore endovascolare, per quanto concerne sia gli *stent* BX (ad esempio, segmenti per gli *stent* renali e gli *stent* iliaco-femorali), per gli *stent* SX (ad esempio, segmenti per *stent* fe-

morali, *stent* iliaci e *stent* carotidei).

12. Per quanto concerne gli accessori, i cateteri guida endovascolari, le guide metalliche orientabili e i cateteri a palloncino per PTA svolgono funzioni analoghe a quelle dei prodotti corrispondenti utilizzati per la cardiologia interventistica. Analogamente all'area coronarica, un mercato rilevante dovrebbe essere definito per ciascuno di tali accessori in considerazione dell'elevato grado di sostituibilità dell'offerta e del fatto che tutti i principali produttori offrono, nell'ambito di ciascun accessorio, una grande varietà di modelli in termini di dimensioni e forme.

3. *Dispositivi di cardiocirurgia*

13. L'impianto di *bypass* arterioso coronarico («CABG») è utilizzato per il trattamento dell'arteriopatia coronarica; si tratta di un'operazione chirurgica eseguita per deviare il flusso ematico delle arterie coronariche e trasportare nuovamente il sangue verso le aree del cuore insufficientemente irrorate. Il vaso sanguigno utilizzato per il *bypass* è prelevato dalla gamba (impianto della vena safena), dal torace o dal braccio.

14. Nell'area della cardiocirurgia i seguenti mercati sono interessati: *i.* dispositivi utilizzati per l'impianto di *bypass* arterioso coronario a cuore battente (sistemi di stabilizzazione ed accessori quali *blowers* e *misters*); *ii.* dispositivi per il prelievo vascolare endoscopico («EVH»).

B. *I mercati geografici rilevanti*

15. L'indagine di mercato ha confermato che i mercati geografici rilevanti sono tutti nazionali, in considerazione delle significative disparità tra i regimi di rimborso e le procedure di appalto; delle variazioni dei prezzi a seconda dei paesi; dell'esigenza di stabilire un ufficio locale di vendita; delle variazioni delle quote di mercato delle parti e dei concorrenti nei vari Stati membri.

III. Valutazione sotto il profilo della concorrenza

A. *Cardiologia interventistica*

16. La cardiologia interventistica è un'attività relativamente recente, guidata dall'innovazione e caratterizzata da considerevoli barriere all'ingresso sul mercato, vale a dire finanziamenti della R&S, diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo del prodotto, lunghi tempi di immissione sul mercato per i nuovi prodotti, sperimentazione clinica, gamma di prodotti.

17. Nel campo della cardiologia interventistica ci sono due categorie di operatori: le grandi imprese operanti a livello mondiale (J&J, Guidant, Medtronic, Boston Scientific ed Abbott) e gli «operatori locali» (Sorin, Biotronik ed altri).

1. *Stent medicati*

18. Nel mercato dei DES la concentrazione darà luogo alla rimozione di un concorrente potenziale, poiché Guidant è presente soltanto nel mercato dei BMS e non in quello dei DES, mentre la J&J è uno dei due operatori già attivo in tale segmento - l'altro è la Boston Scientific.

19. Sebbene vi siano indizi secondo i quali la Guidant sarebbe probabilmente

diventata uno degli operatori fondamentali nel mercato dei DES, esercitando un fondamentale vincolo concorrenziale nei confronti degli altri due attuali concorrenti J&J e Boston Scientific, le prove raccolte nell'ambito dell'indagine hanno dimostrato che gli altri nuovi operatori saranno probabilmente in grado di esercitare sufficienti pressioni concorrenziali sul mercato dei DES, compensando in tal modo la perdita di concorrenza risultante dall'acquisizione di Guidant da parte di J&J (Medtronic, Abbott, Conor/Biotronik e Sorin).

20. La Commissione ha pertanto concluso che la concentrazione notificata non solleva seri dubbi riguardo alla compatibilità con il mercato comune relativamente ai DES, e pertanto la proposta di detta concentrazione non ostacola significativamente la concorrenza nel mercato comune relativamente ai DES.

2. *Guide metalliche orientabili*

21. Nel mercato delle guide metalliche orientabili per la cardiologia interventistica virtualmente tutti i mercati nazionali sono sostanzialmente interessati dalla concentrazione (oltre il 40% e con un incremento di almeno il 5%), e in molti di questi – inclusi i più grandi paesi dell'UE – le quote di mercato combinate delle parti sono superiori al [65%-75%] e raggiungono perfino il [75%-85%].

3. *Conclusioni*

22. La Commissione ha pertanto concluso che la concentrazione notificata solleva seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune in quanto permette alle parti della concentrazione di rafforzare la *leadership* incontestata della Guidant nella misura in cui elimina uno dei due concorrenti principali di tale mercato. Inoltre, le altre aziende del mercato potrebbero addirittura beneficiare della riduzione della concorrenza che ne conseguirà: la maggiore concentrazione permetterà loro di praticare prezzi più elevati di quanto sarebbe stato possibile altrimenti.

B. *Dispositivi endovascolari*

23. Tanto J&J che Guidant sono fornitori *leader* nel settore dei dispositivi endovascolari nel SEE. Quantunque il numero dei concorrenti dei mercati endovascolari sia cospicuo (Abbott, Bard, Boston Scientific, B. Braun, Cook, Edwards Lifesciences, ev3, Invece, Medtronic, Sorin e Terumo), non tutti gli operatori hanno lo stesso peso o sono presenti in tutti i mercati del prodotto o geografici. Inoltre, l'indagine di mercato ha evidenziato che l'eliminazione di Guidant in qualità di concorrente equivale all'eliminazione del sostituto immediato degli *stent* della J&J.

24. Nel mercato dei BX a livello SEE, la quota di mercato delle parti ammonta a [60%-70%], (J&J, [30%-40%], Guidant, [25%-35%]). Tali quote di mercato sono state relativamente stabili negli ultimi 4 anni.

25. Per quanto attiene i mercati geografici rilevanti – vale a dire ciascuno Stato membro – ai fini della valutazione sotto il profilo della concorrenza, nove paesi sono più sostanzialmente interessati da tale concentrazione, nella fattispecie Austria, Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna.

26. Poiché la concentrazione riunisce l'azienda *leader* e la seconda protagonista sul mercato, darà luogo alla creazione di una posizione dominante virtualmente in tutti i mercati considerati e pertanto ostacolerà significativamente la concorrenza effettiva.

27. Nel mercato degli *stent* carotidei per uso endovascolare nell'ambito del SEE, gli Stati membri più sostanzialmente interessati sono: Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna.

28. Sono tre gli operatori principali nel mercato degli *stent* carotidei: J&J, Guidant e Boston Scientific. Insieme rappresentano l'83%-96% del mercato. La concentrazione può rafforzare la posizione dominante di J&J o Guidant (in Austria, in Finlandia, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna) oppure riunire gli operatori al secondo e terzo posto per creare un nuovo *leader* del mercato (Belgio, Germania ed Italia).

29. Considerati il grado di concentrazione, le barriere all'ingresso sul mercato, la lealtà della clientela, l'immediatezza dei sostituti e l'eliminazione di una pressione concorrenziale sostanziale, l'operazione darà luogo ad effetti negativi unilaterali nei suddetti mercati nazionali e pertanto ostacolerà la concorrenza effettiva nel mercato comune.

30. Nel mercato degli *stent* non carotidei per uso endovascolare, gli Stati membri più sostanzialmente interessati sono: Austria, Belgio, Germania e Paesi Bassi. Nella maggior parte di tali mercati, J&J è *leader* del mercato mentre Guidant è uno degli operatori principali ed è considerato dalla maggioranza dei clienti come il sostituto diretto di J&J.

31. Per quanto concerne gli *stent* non carotidei SX nei suddetti mercati nazionali, la concentrazione dà luogo ad effetti negativi non coordinati e pertanto ostacolerà la concorrenza effettiva nel mercato comune e nel SEE in esito alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante.

32. La Commissione ha pertanto concluso che la concentrazione notificata solleva seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune per quanto concerne il mercato dei dispositivi endovascolari. La concentrazione darà luogo ad una posizione dominante nel mercato degli *stent* espandibili su palloncino e causerà effetti negativi unilaterali nei mercati degli *stent* carotidei e non carotidei, ostacolando la concorrenza effettiva nel mercato comune.

C. *Sistemi di prelievo vascolare endoscopico*

33. Le vendite di sistemi di prelievo vascolare endoscopico («EVH») nel SEE sono significativamente inferiori a quelle degli Stati Uniti, ma registrano una tendenza alla crescita. In Europa, nella grande maggioranza degli interventi (98%) si utilizza il prelievo vascolare tradizionale. J&J e Guidant sono virtualmente gli unici due fornitori di sistemi EVH, con quote di mercato stimate al 90-95% dalle parti e 100% dagli operatori di mercato in territorio europeo.

34. La Commissione ha pertanto concluso che la concentrazione notificata solleva gravi dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato comune per quanto attiene i dispositivi per il prelievo vascolare endoscopico EVH e darà luogo alla creazione di un monopolio virtuale in territorio europeo.

IV. **Impegni offerti dalle parti**

35. Al fine di dissipare le suddette preoccupazioni in tema di concorrenza in relazione ai mercati delle guide metalliche orientabili, della chirurgia endovascolare e della cardiocirurgia, le parti hanno presentato i seguenti impegni.

a. Per quanto attiene alle guide metalliche orientabili, le parti propongono di cedere le attività associate prevalentemente con la fornitura, la commercializzazione e la

vendita delle guide metalliche orientabili della J&J nel SEE. Sostanzialmente la cessione consisterebbe nel trasferimento dell'inventario e della lista dei clienti, il conferimento del diritto di utilizzare il marchio di fabbrica, la licenza relativa ai diritti di proprietà intellettuale, il trasferimento delle specifiche concernenti la progettazione delle guide metalliche orientabili della J&J. La cessione sarebbe limitata all'Europa e non includerebbe la produzione, l'assemblaggio e la sterilizzazione (tali operazioni sono attualmente appaltate dalla J&J a una parte terza), la distribuzione e lo stoccaggio.

b. Nel settore endovascolare, le parti hanno proposto di cedere tutte le operazioni (prodotti, logistica, inventario, lista dei clienti, personale addetto alle vendite, marchi di fabbrica e proprietà intellettuale) delle attività della Guidant concernenti i dispositivi endovascolari nel SEE. La cessione non include le unità che si occupano di produzione, finanze, amministrazione, R&S, normativa, qualità e ricerca clinica, in quanto basate negli Stati Uniti e operanti su scala mondiale. Le parti offrono all'acquirente un accordo temporaneo di forniture OEM seguito o dal rinnovo di tale accordo o dalla piena assistenza per riprodurre in Europa impianti di produzione esistenti negli Stati Uniti. La cessione include anche i dispositivi per la protezione embolica e gli accessori endovascolari oltre agli *stent* endovascolari sui quali era incentrata l'analisi della Commissione.

c. Per quanto attiene al settore della cardiocirurgia, le parti hanno proposto di cedere alternativamente:

a. dispositivi di EVH della J&J e dispositivi per il prelievo endoscopico dell'arteria radiale («*kit ERA*»); ovvero

b. nel settore della cardiocirurgia, i beni e il personale della Guidant a livello mondiale; ovvero

c. i dispositivi endoscopici per il prelievo vascolare, nella fattispecie i dispositivi endoscopici per il prelievo vascolare in *kit* («*kit EVH*»).

V. Valutazione degli impegni presentati

36. Come confermato dagli esiti dell'indagine di mercato condotta dalla Commissione, tali impegni possono essere considerati adeguati a dissipare le inquietudini sotto il profilo della concorrenza nei mercati delle guide metalliche orientabili, della chirurgia endovascolare e della cardiocirurgia.

37. La Commissione ha pertanto concluso che, in base agli impegni assunti dalle parti, la concentrazione notificata non ostacolerà significativamente la concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso. Pertanto, si propone di dichiarare la concentrazione compatibile con il mercato comune e l'accordo SEE, in conformità dell'art. 2, par. 2, e dell'art. 8, par. 2, del regolamento sulle concentrazioni e dell'art. 57 dell'accordo SEE.

VI. Conclusione

38. Alla luce delle ragioni sopra esposte, la Commissione ha concluso che la proposta di concentrazione non ostacola significativamente la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso. La concentrazione è stata pertanto dichiarata compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE in una decisione del 25 agosto 2005, in conformità con l'art. 8, par. 1, del regolamento sulle concentrazioni e dell'art. 57 dell'accordo SEE.

COMMENTO ALLA DECISIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA *JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT* IN TEMA DI CONCENTRAZIONI SOCIETARIE

Sommario: 1 *Introduzione* - 2 *Quote di mercato ed indice HHI* - 3 *Barriere all'entrata* - 4 *Il grado di sostituibilità* - 5 *Il potere di contrasto degli acquirenti* - 6 *Il rischio di «bundling strategies»* - 7 *Conclusioni*.

1. Introduzione

Il 25 agosto 2005 la Commissione europea (di seguito «Commissione») ha autorizzato l'acquisizione da parte della multinazionale Johnson & Johnson (di seguito «J&J») della statunitense Guidant Corporation (di seguito «Guidant»), impresa attiva nel campo dello sviluppo, produzione e vendita di dispositivi medico-vascolari, previa la sottoscrizione di impegni ai sensi dell'art. 8.2 del regolamento sul controllo delle concentrazioni¹.

Le peculiarità dei tre settori coinvolti, segnatamente, i dispositivi per la cardiologia interventistica, quelli endovascolari e quelli per la chirurgia cardiaca, dei numerosi mercati in essi distinti, tutti nazionali², ed il ruolo ivi svolto dalle imprese concentrate, hanno determinato un'indagine lunga ed articolata, la quale, tuttavia, offre l'occasione di presentare le prime riflessioni sull'applicazione del nuovo criterio sostanziale³ introdotto dal regolamento n. 139/2004/Ce e da-

¹ Caso COMP/M.3687 *Johnson & Johnson/Guidant* (di seguito «decisione»). Per il testo completo si rinvia al sito internet: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3687_20050825_20600_en.pdf

² Per completezza espositiva e per agevolare la lettura si elencano qui di seguito i numerosi mercati coinvolti, all'interno dei settori su menzionati. Settore dei dispositivi per la cardiologia interventistica: *Coronary guiding catheters, Steerable GuideWires (SGW), Percutaneous Transluminal Coronary Angioplasty (PTCA) balloon catheters, Bare Metal Stents (BMS), Drug-Eluting Stents (DES)*; settore dei dispositivi endovascolari: *Endovascular guiding catheters, SGW, Percutaneous Transluminal Angioplasty (PTA) balloon catheters, Balloon expandable (BX) stents, Self expandable carotid stents (SX), Self expandable non-carotid stents (SX), Embolic protection devices (EPD)*; settore dei dispositivi per la chirurgia cardiaca: *Beating-heart surgery systems, Blowers and Misters, Endoscopic vessel harvesting (EVH) systems*. Per l'analisi completa dei mercati si rinvia alle p. 4 e ss. della decisione.

³ Per meglio comprendere il significato della decisione in esame, si ritiene utile fornire alcuni chiarimenti sul criterio sostanziale e sulle motivazioni che hanno condotto alla sua modifica. Il criterio sostanziale è il *test* attraverso il quale un'Autorità di tutela della concorrenza, nel caso di specie la Commissione europea, valuta l'impatto di una concentrazione sulle dinamiche concorrenziali

gli orientamenti esplicativi dello stesso (di seguito «Orientamenti»), entrati in vigore, lo ricordiamo, il primo maggio 2004, nell'ambito di un pacchetto normativo di revisione del sistema di controllo delle concentrazioni⁴.

Infatti, alla luce del nuovo dettato legislativo, che prevede siano dichiarate incompatibili con il mercato comune «le concentrazioni che ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva (...) in particolare a causa della

nel mercato o nei mercati coinvolti. Nel sistema di controllo delle concentrazioni adottato nell'Unione europea nel 1989, si scelse il criterio definito «della dominanza» il quale prevedeva fossero dichiarate incompatibili con il mercato comune le concentrazioni che ivi creassero o rafforzassero una posizione dominante da cui risultasse che la concorrenza effettiva fosse ostacolata in modo significativo (cfr. art. 2.3 del regolamento n. 4064/89/Cee relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in *Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989, p. 1). Tale criterio, tuttavia, negli ultimi anni è stato oggetto di un acceso dibattito che, contrapponendo due scuole di pensiero, i sostenitori del «criterio della dominanza» ed i fautori di un cambiamento, in particolare dell'adozione del «criterio della diminuzione sostanziale della concorrenza», verteva, soprattutto su tre punti chiave: *i.* la necessità di convergenza tra i criteri usati nei differenti ordinamenti nazionali, europei e non, e quello comunitario per ridurre gli alti costi e i numerosi svantaggi che gravavano sulle imprese, onerate di molteplici notifiche presso differenti Autorità di tutela della concorrenza, a causa della sempre maggiore globalizzazione; *ii.* i problemi di "contaminazione" tra il sistema di controllo delle concentrazioni e le valutazioni condotte nell'ambito dell'abuso di posizione dominante, considerato che all'identità terminologica usata dal legislatore si contrapponeva una differente interpretazione, maggiormente estensiva in materia di concentrazioni, dovuta ai differenti scopi e presupposti delle due discipline; *iii.* e la carenza di un'analisi economica nel «criterio della dominanza» con la conseguente incapacità di tale criterio di cogliere ogni effetto anticoncorrenziale derivante da un'operazione. In particolare, per quanto concerne quest'ultimo punto di discussione, particolarmente delicato, è d'uopo sottolineare come si sia denunciata l'esistenza di un vuoto legislativo, in particolare in relazione agli effetti unilaterali che possono emergere a seguito di un'operazione di concentrazione, prevalentemente in mercati oligopolistici, per cui la concentrazione può determinare un cambiamento degli incentivi nella massimizzazione dei profitti a breve termine per le imprese concentrate tale per cui esse possono aumentare unilateralmente i prezzi dei propri prodotti. (Sul tema si rinvia, tra gli altri, a S. B. VÖLCKER, *Mind the gap: unilateral effects analysis arrives in EC merger control*, in *ECLR*, 2004, p. 395; R. WISH, *Analytical Framework of merger review, substantial lessening of competition/ creation or strengthening of dominance*, in *International Competition Network, First Annual Conference*, Napoli, 28 settembre 2002, disponibile sul sito internet: www.internationalcompetitionnetwork.org; J. FINGLETON - D. NOLAN, *Mind the Gap. La riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 309). Altra parte della dottrina, di contro, considerava non vi fosse particolare differenza tra i due criteri: al di là dell'evidente diversità terminologica, essi evidenziavano come le evoluzioni interpretative dei criteri erano state tali da determinare una quasi coincidenza delle analisi, anche in considerazione delle teorie di concorrenza utilizzate nel corso delle indagini (si pensi, a titolo esemplificativo, allo SSNIP test per la valutazione dei mercati) (Si rinvia, tra gli altri, a J. GALLOT, *Substantive test – are the differences between the dominance and SLC test real or semantic?*, in *EC Merger Control conference*, Brussels, 7 - 8 novembre 2002; V. S. V. SELVAM, *The EC merger control impasse: is there a solution to this predicament?*, in *ECLR*, 2004, p. 52; BUNDESKARTELLAMT, *The annex to the working paper of the Bundeskartellamt at the meeting of the working group on competition law*, 8 e 9 ottobre 2001, reperibile su sito internet: <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/ProftagText-engl.pdf>).

Per quanto concerne le opinioni degli operatori del settore si rinvia alle repliche al dibattito lanciato dalla Commissione europea al par. 168 del Libro Verde sulla riforma del regolamento n. 4064/89/Cee, consultabili su sito internet: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

⁴ Regolamento n. 139/2004/Ce, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese «Regolamento comunitario sulle concentrazioni», in *Guce* n. L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1; *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *Guce* n. C 31 del 5 febbraio 2004, p. 5; il pacchetto di riforma comprendeva, altresì, *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* di cui al sito internet: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/best_practices.pdf.

creazione o del rafforzamento di una posizione dominante»⁵, la Commissione è andata oltre la mera analisi strutturale dell'impresa concentrata, legata alla quantificazione delle quote aggregate, sebbene esse risultassero mediamente alte, soprattutto in alcuni mercati, valutando direttamente il pregiudizio che la concentrazione potesse arrecare alla concorrenza, secondo il percorso analitico tracciato negli Orientamenti ed i fattori ivi elencati.

Invero, va sottolineato che tali fattori erano già stati oggetto della valutazione dei funzionari europei nella giurisprudenza precedente alla decisione in esame ma successiva alla riforma, come è illustrato nei paragrafi seguenti; pur tuttavia, in detti casi la Commissione aveva preso in considerazione l'uno o l'altro fattore isolatamente, a differenza del presente caso che si contraddistingue, invece, per la completezza dell'analisi effettuata.

Un'analisi, si sottolinea, focalizzata in particolare sulla valutazione del possibile insorgere di effetti unilaterali, ovvero quegli effetti derivanti da una concentrazione la quale elimina un importante vincolo concorrenziale per una o più imprese, che, per conseguenza, vedranno aumentare il proprio potere di mercato, senza tuttavia coordinare il loro comportamento⁶.

Da una prospettiva generale, infatti, le imprese concentrate sono dirette concorrenti nella quasi totalità dei mercati, contraddistinti dalla presenza di prodotti differenziati, eccezion fatta per il solo mercato dei *Drug Eluting Stents* (DES), dove sono attive unicamente J&J e Boston Scientific, ovvero l'acquirente ed una terza, avendo l'acquisita Guidant il ruolo di potenziale concorrente.

⁵ Art. 2.3 del regolamento n. 139/2004/Ce, *loc. cit.*

⁶ Cfr. par. 22, lett. a., Orientamenti, *cit. supra*, nota 4. Per meglio comprendere la fattispecie si parta dall'assunto per cui in un dato mercato, in principio, la necessità di massimizzare il profitto comporta che un'impresa fissi i prezzi dei propri prodotti ad un livello limite, tale che qualsiasi loro aumento determina una perdita nella quantità di prodotto venduto dovuta alla scelta, da parte dei consumatori, di acquistare prodotti meno cari; allorché la stessa impresa acquisisce il controllo di un'altra verso i cui prodotti si orienterebbero i consumatori nel caso in cui decidesse di aumentare i prezzi, verrebbe meno il livello limite suddetto, e quindi il vincolo, in quanto, essendo ormai le imprese concentrate, per esse l'acquisto degli uni o degli altri prodotti risulta equivalente. Sul tema si rinvia a M. IVALDI - B. JULLIEN - P. REY - P. SEABRIGHT - J. TIROLE, *The economics of unilateral effects*, Interim Report for DG Competition, European Commission, reperibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf

Per completezza, si evidenzia, altresì, che accanto agli effetti unilaterali, gli Orientamenti prevedono una seconda ipotesi per cui una concentrazione possa «ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva», ovvero attraverso la modifica della natura della concorrenza in modo tale che imprese che prima non coordinavano il loro comportamento, siano ora più incentivate a farlo e ad aumentare i prezzi o ad ostacolare in altro modo la concorrenza, così come nel caso in cui una concentrazione renda più semplice un coordinamento già esistente (cfr. par. 22, lett. b., Orientamenti, *cit. supra*, nota 4). Si parla, in proposito, di effetti coordinati, in contrapposizione agli effetti non coordinati su menzionati, ricalcandosi quanto stabilito dalla giurisprudenza con riferimento soprattutto alla dominanza collettiva; ed infatti, per quanto concerne i fattori di analisi, si riprende quanto statuito dal Tribunale di primo grado nella sentenza del 25 marzo 1999 in causa n. T-102/96, *Gencor Ltd. c. Commissione Cee*, in *Raccolta*, 1999, II, p. 753 e nella sentenza del 6 giugno 2002 in causa n. T-342/99, *Airtours Plc c. Commissione Cee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2585.

2. Quote di mercato ed indice HHI

Venendo ora alla disamina dell'analisi condotta, occorre sottolineare, in primo luogo, come costante punto di partenza delle indagini continuino ad essere le quote di mercato, come d'altronde richiesto dal dettato normativo e dagli stessi Orientamenti, i quali ribadiscono a più riprese come un'operazione possa ostacolare la concorrenza «in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante»⁷. Tuttavia, appare evidente come esse abbiano perso il valore assoluto di dominanza e, per conseguenza, di rilevante potere di mercato, valore ridimensionato ad «utile indicazione»⁸ dell'impatto dell'operazione sul mercato. Ed infatti la Commissione, pur trovandosi il più delle volte di fronte a percentuali piuttosto elevate, 40-60% o anche superiori al 70%, ha sempre ritenuto necessaria la valutazione di altri fattori prima di concludere che la concentrazione determinasse effetti anticoncorrenziali⁹.

Anzi, talvolta, come nel caso del mercato degli *endovascular guiding catheters*¹⁰, pur in presenza di quote elevate, che in alcuni Paesi raggiungevano l'80-90%¹¹, la Commissione ha concluso che «nonostante ciò, l'indagine sul mercato, sia dal lato della domanda sia dal lato dell'offerta, ha confermato che la concorrenza effettiva non sarebbe ostacolata significativamente a causa di molti fattori»¹², quali la limitata linea di produzione di Guidant e la sua bassa quota di mercato (5-15%), un elevato numero di concorrenti a livello europeo e basse barriere all'entrata che limitano l'aumento di potere di mercato per l'acquirente¹³.

Nel mercato dei DES, di contro, la Commissione non si accontenta dell'evidenza per cui J&J non è *leader* per autorizzare l'operazione. Infatti, di fronte a due sole imprese attive, l'acquirente ed un terzo, Boston Scientific, essa volge la propria analisi alla ricerca del loro effettivo potere e, attraverso valutazioni fattuali¹⁴, giunge alla conclusione per cui Boston Scientific avreb-

⁷ Art. 2.3, regolamento n. 139/2004/Ce, *cit. supra*, nota 4; cfr. anche par. 4 e 25, Orientamenti, *cit. supra*, nota 4. Per le critiche si fa rinvio a S. BAXTER - F. DETHMERS, *Unilateral effects under the European merger regulation: how big is the gap?*, in *ECLR*, 2005, p. 380.

⁸ Par. 14, Orientamenti, *cit. supra*, nota 4.

⁹ Per quanto concerne i differenti valori delle quote di mercato si rinvia ai seguenti paragrafi: par. 167 - p. 41, par. 178 - p. 43, par. 179 - p. 44, par. 184 - p. 45, par. 235 - p. 57, par. 262 - p. 62, par. 275 - p. 66, par. 285 - p. 69, par. 291 - p. 70, par. 305 - p. 73, par. 307 - p. 74, par. 326 - p. 77, par. 330 - p. 78, della decisione.

¹⁰ Par. 326 ss., p. 77 della decisione.

¹¹ Segnatamente Belgio, Germania, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna.

¹² Par. 326, p. 77 della decisione.

¹³ Par. 327 ss., p. 78 della decisione.

¹⁴ In particolare, la Commissione poggia tale valutazione sull'analisi di alcuni problemi che J&J aveva dovuto affrontare dal momento in cui aveva lanciato sul mercato i propri DES, problemi che hanno determinato una riduzione della sua capacità; a ciò si aggiunge una maggiore sicurezza

be perso a breve la *leadership* a fronte di un potere sempre maggiore che J&J stava acquistando¹⁵.

Risulta, dunque, in tutta evidenza da questa breve sintesi, il mutato approccio della Commissione; in vigenza del precedente regime, infatti, si ritiene che difficilmente essa avrebbe approfondito la sua indagine dinanzi a quote particolarmente alte, considerando opportuno valutare anche altri fattori, ed altrettanto difficilmente avrebbe autorizzato l'operazione in presenza di quote superiori al 60%¹⁶.

In molti dei segmenti considerati, poi, a sostegno dei valori delle quote aggregate, la Commissione ha proceduto alla valutazione dell'indice HHI, *Herfindahl-Hirschman Index*, indice che risulta dalla somma dei quadrati delle quote di tutte le imprese presenti nel mercato, in termini di percentuale, e che testa il grado di concentrazione delle stesse, al fine di valutarne il potere di mercato. Si tratta di un indice introdotto per la prima volta con il pacchetto di riforma del 2004, benché fosse stato utilizzato in rari casi anche in precedenza¹⁷. In realtà, malgrado la sua introduzione negli Orientamenti¹⁸, nella giurisprudenza successiva alla riforma esso non appare così sistematicamente utilizzato quale supporto all'analisi delle quote di mercato, come si poteva immaginare¹⁹; ci si auspica che la valutazione fattane in ogni segmento nel caso in esame possa tradursi in un cambiamento di tendenza, che si ritiene sicuramente benefico per il sistema, in considerazione delle potenzialità che l'indice serba *in nuce*.

3. Barriere all'entrata

Una volta valutate le quote di mercato e l'indice di concentrazione, le caratteristiche dei settori hanno condotto i funzionari europei a focalizzare la propria attenzione sull'analisi delle barriere all'entrata di nuovi concorrenti.

I mercati merceologici interessati, infatti, presentano peculiarità quali la necessità di ingenti investimenti nella ricerca e sviluppo, indispensabili atteso l'alto quoziente di innovazione richiesto, alti costi e lunghi tempi per sperimentare i nuovi prodotti e dimostrarne la sicurezza e l'efficacia, stima da par-

attribuita dagli acquirenti ai prodotti J&J rispetto a quelli Boston Scientific. Par. 99, 100 e 101, p. 25 e 26 della decisione.

¹⁵ Par. 97 ss., p. 25 della decisione.

¹⁶ In proposito, si evidenzia come in passato, in rarissimi casi, la Commissione abbia svolto un'analisi approfondita in presenza di quote elevate; tra gli altri, si rinvia ai casi IV/M.1221 *Re-we/Meinl*, e IV/M.1648 *Carrefour/Promodes*.

¹⁷ Si vedano i casi IV/M.1365 *FCC/Vivendi* e COMP/JV.55 *Hutchinson/RCPM/ECT*.

¹⁸ Cfr. par. 14 ss., Orientamenti, *cit. supra*, nota 4.

¹⁹ Tale indice è stato, ad esempio, valutato dalla Commissione nel caso COMP/M.3658 *Orkla/Chips*.

te dei consumatori di cui godono le imprese già presenti e ampio portafoglio di prodotti che queste, a seguito di anni di attività, sono in grado di fornire, peculiarità queste che potrebbero rendere difficile, o comunque particolarmente oneroso, l'ingresso di altre imprese, influenzando sulle loro decisioni concernenti l'opportunità di espansione, sia che esse siano già attive in mercati contigui sia che si tratti di operatori del tutto nuovi al settore²⁰.

Chiaramente «l'ingresso non è impossibile soprattutto se la nuova impresa non ha l'ambizione di diventare un operatore globale con un'alta quota di mercato»²¹, come afferma la stessa Commissione, tuttavia maggiori sono le barriere, come in questo caso, più alto è il rischio di effetti anticoncorrenziali²², i quali si concretizzano in una limitazione nella scelta per gli acquirenti, che si vedranno obbligati a rifornirsi dei soli dispositivi presenti sul mercato, malgrado un aumento dei prezzi.

Proprio per tali ragioni «l'analisi delle possibilità di nuovi ingressi costituisce un importante elemento della valutazione concorrenziale complessiva»²³, come evidenziato dall'uso frequente nella recente giurisprudenza²⁴.

In proposito, la decisione che ci occupa dimostra altresì che se è principio consolidato che la presenza o meno di barriere sia determinante per comprendere le possibilità di ingresso di altre imprese, non ancora presenti, alle quali i consumatori potrebbero rivolgersi in conseguenza di un aumento unilaterale dei prezzi da parte delle imprese concentrate²⁵, tali barriere possono svolgere un ruolo differente al mutare del panorama concorrenziale in cui l'operazione si colloca.

Ed infatti, nel presente caso si osserva come nel mercato dei DES l'esistenza di difficoltà di ingresso di nuovi concorrenti venga in rilievo nell'esame del rapporto di concorrenza potenziale tra acquirente ed acquisita, ed in particolare nell'indagine sulla capacità di quest'ultima di esercitare un forte vincolo concorrenziale²⁶.

Un'analisi particolarmente accurata, poi, è stata dedicata allo studio dei possibili effetti derivanti dall'esistenza di brevetti a tutela di parti essenziali dei prodotti in esame; tali diritti di proprietà intellettuale, infatti, potrebbero

²⁰ Par. 207 ss., p. 50, così come par. 77 ss., p. 19 della decisione. Si rileva come la valutazione distinta tra barriere all'ingresso di nuovi concorrenti già attivi in mercati contigui e barriere all'ingresso di nuovi concorrenti del tutto estranei al settore è presente anche in altre decisioni, tra cui il recente caso COMP/M.3765 *Amer/Salomon*, par. 64.

²¹ Par. 82, p. 20 della decisione.

²² Cfr. par. 68 ss., *Orientamenti*, *cit. supra*, nota 4.

²³ Par. 68, *Orientamenti*, *cit. supra*, nota 4.

²⁴ Si vedano i casi COMP/M.3946 *Renolit/Solvay*; COMP/M.3817 *Wegener/PCM/JV*; COMP/M.3765 *Amer/Salomon*; COMP/M.3658 *Orkla/Chips*; COMP/M.3593 *Apollo/Bakelite*; COMP/M.3544 *Bayer healthcare/Roche (OTC Business)*.

²⁵ Par. 207 ss., p. 50 della decisione.

²⁶ Par. 77 ss., p. 19 della decisione.

ergersi quali barriere all'ingresso di altre imprese nell'ipotesi in cui per queste ultime fosse particolarmente difficile o oneroso accedervi. Proprio in tale ottica si colloca lo studio della disciplina del diritto della proprietà intellettuale, sia europeo che statunitense. In particolare, a seguito di una denuncia di alcuni concorrenti, la Commissione ha focalizzato la propria indagine su alcune tecnologie chiave nei mercati dei DES e dei BMS (*Bare Metal Stents*), coperte da brevetti negli USA ma non in Europa. Quale conseguenza della concentrazione le parti si sarebbero trovate a detenere un portafoglio di detti brevetti tale da ridurre l'incentivo per le stesse a concederli alle imprese terze, ciò ripercuotendosi sui mercati europei, rendendone più difficile l'accesso. Tuttavia, la Commissione ha evidenziato l'inesistenza di un nesso di causalità tra il sistema statunitense e quello europeo, non essendo provato che eventuali problemi negli Stati Uniti «possano causare un effetto negativo diretto e tangibile sulle vendite dei DES ad opera di imprese terze in Europa in tempi brevi e prevedibili»²⁷.

4. Il grado di sostituibilità

Altro elemento chiave nella valutazione dell'impatto dell'operazione sulle dinamiche concorrenziali è stato il grado di sostituibilità dei prodotti.

Al riguardo, infatti, come la stessa Commissione ha avuto premura di precisare anche nel presente caso, «in mercati con prodotti altamente differenziati, come quelli dei dispositivi medici e degli stents in particolare, la scelta della fornitura deve altresì essere soppesata attraverso il grado di sostituibilità con gli altri fornitori disponibili»²⁸: un acquirente, infatti, sceglie dispositivi medici e *stents* prodotti da un'impresa differente rispetto a quella presso cui abitualmente si rifornisce solo se essi siano in grado di soddisfare le proprie esigenze in pari modo.

Tale elementare principio dell'economia di mercato assume un rilievo particolare nella valutazione degli effetti di una concentrazione: infatti, se l'alternativa ai prodotti dell'impresa acquirente è data in prevalenza dai prodotti dell'impresa acquisita e viceversa, i consumatori avranno maggiori difficoltà a reagire ad un eventuale aumento dei prezzi successivo all'operazione, determinandosi il rischio di effetti unilaterali; allorquando, invece, vi è un alto grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese parti dell'operazione e quelli delle imprese terze, l'eventuale effetto unilaterale viene vanificato.

In proposito, nel caso in esame, l'indagine ha dimostrato che la scomparsa di Guidant come concorrente avrebbe eliminato «il più prossimo sostituto

²⁷ Par. 161, p. 40 della decisione.

²⁸ Par. 265, p. 63 della decisione.

degli stents di J&J»²⁹; risulta, infatti, dalle risposte ai questionari che in media i prodotti di Guidant sono considerati prossimi sostituti di quelli di J&J nel 62% dei casi, mentre nel 78% essi risultano la prima o la seconda alternativa. Lo stesso dicasi nella valutazione inversa concernente la sostituibilità dei prodotti di Guidant con quelli dell'acquirente J&J: gli stents di quest'ultima sono risultati la prima scelta rispetto a quelli di Guidant nel 53% dei casi e la prima o la seconda nel 66%³⁰. Dall'indagine è emerso, altresì, che tale sostituibilità non si riscontra con i prodotti delle imprese terze³¹.

Ne è conseguita una valutazione negativa da parte della Commissione, la quale, sulla base di quanto previsto negli Orientamenti, i.e. del principio per cui quanto più alto è il grado di sostituibilità tra i prodotti delle imprese concentrate tanto più probabile sarà l'insorgere di effetti unilaterali, soprattutto se contestualmente risulta basso detto grado tra i prodotti delle imprese parti dell'operazione e quelli di imprese terze³², ha concluso che «l'alto grado di sostituibilità dei prodotti delle imprese concentrate abbia minato vigorosamente la presunta assenza di preoccupazioni concorrenziali che risulta dalla valutazione del sistema del multiple-sourcing»³³.

Sulla scorta di quanto sinora detto si comprende il frequente ricorso a tale indice nella giurisprudenza degli ultimi anni, anche precedente all'adozione del nuovo criterio sostanziale, quasi da poter affermare che gli Orientamenti siano stati, al riguardo, una conferma e non una novità³⁴.

5. Il potere di contrasto degli acquirenti

Come è emerso poc'anzi, strettamente connessa al grado di sostituibilità risulta l'analisi del potere di contrasto degli acquirenti, ovvero del «potere contrattuale di cui essi dispongono nei confronti del venditore nelle trattative commerciali grazie alle proprie dimensioni, all'importanza commerciale che essi rivestono per il venditore, ed alla capacità di passare a fornitori alternativi»³⁵, potere che consente agli acquirenti di «minacciare il ricorso, in tempi

²⁹ Par. 270, p. 65 della decisione.

³⁰ Par. 265 ss., p. 63 della decisione.

³¹ Par. 269, p. 64 della decisione.

³² Cfr. par. 28, Orientamenti, *cit. supra*, nota 4.

³³ Par. 270, p. 65 della decisione.

³⁴ Tra tutti, si ricorda il ruolo determinante che il grado di sostituibilità ha rivestito nel caso COMP/M.3570 *Piaggio/Aprilia*; si vedano, altresì, i casi COMP/M.3946 *Renolit/Solvay*; COMP/M. 3770 *Lufthansa/Swiss*, COMP/M.3751 *Novartis/Hexal*, e COMP/M.3658 *Orkla/Chips*.

³⁵ Par. 64, Orientamenti, *cit. supra*, nota 4.

ragionevoli, a fonti di approvvigionamento alternative, qualora il fornitore decida di aumentare i prezzi»³⁶.

Nel caso in esame, gli acquirenti, costituiti prevalentemente da ospedali, hanno affermato di ricorrere a fonti di approvvigionamento differenti (*multiple-sourcing*) per evitare di dipendere da determinati fornitori, acquistando, per ogni specifico prodotto, quello che, soddisfacendo le loro necessità, offrisse il miglior rapporto qualità/prezzo³⁷.

Invero, sebbene la pratica del *multiple-sourcing* sia usata di frequente da parte degli acquirenti, soprattutto se di dimensioni medio-grandi, essa, tuttavia, non sempre si traduce in un espediente idoneo a garantire un effettivo potere di contrasto, come si evince chiaramente dal caso in esame³⁸, in cui, malgrado la scelta di una tale tecnica di acquisto, gli ospedali non sono riusciti ad evitare la dipendenza dalle imprese concentrate.

6. Il rischio di «*bundling strategies*»

Un ultimo spunto, infine, è dedicato all'analisi di eventuali effetti escludenti derivanti dall'operazione, ed in particolare dalle cosiddette *bundling strategies*. Anche sotto questo aspetto, infatti, la decisione dimostra un diverso approccio da parte della Commissione, una maggiore attenzione alle caratteristiche del mercato e delle altre imprese ivi operanti, nonché una più puntuale valutazione degli effetti che concretamente conseguono a tali strategie³⁹.

Al riguardo la Commissione è partita dalla considerazione per cui nel campo della cardiologia interventistica Guidant avesse un *portfolio* consistente di dispositivi medici, fosse il *leader* del mercato nelle *steerable guidewires* nonché uno dei maggiori fornitori di BMS in Europa, mentre J&J risultava presente in ogni segmento, con particolare ampiezza in quello dei DES. Pertanto l'operazione avrebbe accresciuto il *portfolio* dell'impresa concentrata in tale settore in Europa. Lo stesso dicasi nel settore dei dispositivi endovascolari.

Le risultanze istruttorie, tuttavia, hanno altresì evidenziato come le "vendite a pacchetto" siano frequenti nel settore ma non prevalenti in quanto, come già osservato in precedenza, gli ospedali preferiscono acquistare ciascun prodotto da un fornitore differente, al fine di evitare forme di dipendenza; inoltre, e soprattutto, dall'indagine è emerso come anche altri concorrenti avrebbero potuto porre in essere *bundling practices*, tutto ciò escludendo possibili *foreclosure effects*⁴⁰.

³⁶ Par. 65, Orientamenti, *cit. supra*, nota 4.

³⁷ Par. 84, p. 20 della decisione.

³⁸ Par. 270, p. 65 della decisione.

³⁹ Par. 335 ss., p. 79 della decisione.

⁴⁰ Par. 340 ss., p. 80 della decisione.

7. Conclusioni

Alla luce dell'analisi condotta, la Commissione ha considerato che l'operazione determinasse effetti anticoncorrenziali solamente su alcuni dei mercati esaminati⁴¹, autorizzando comunque la concentrazione previa la sottoscrizione per le parti di impegni quali ad esempio la cessione di alcune attività di Guidant.

Al di là della decisione finale, che ha comunque la sua importanza, quanto su esposto risulta molto interessante in quanto evidenzia come l'analisi della Commissione sia in linea con la recente giurisprudenza comunitaria, ed applichi puntualmente i principi che hanno sotteso l'adozione del nuovo criterio sostanziale, confermando quindi la volontà di condurre un'analisi più approfondita nel controllo delle concentrazioni.

In particolare, la disamina del caso J&J/Guidant ha dimostrato l'abbandono delle valutazioni concernenti prettamente il concetto di dominanza e l'enfasi data, invece, alle indagini sulla concreta rimozione di un vincolo concorrenziale attraverso la valutazione di una moltitudine di fattori quali il grado di sostituibilità dei prodotti, le difficoltà di ingresso di nuovi concorrenti, il ruolo dei consumatori.

Si dubita fortemente che, se il caso fosse stato notificato prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento la decisione sarebbe stata la medesima e soprattutto si dubita che la Commissione avrebbe condotto la medesima analisi. A titolo esemplificativo, nel mercato dei DES la sola circostanza per cui l'acquirente J&J non deteneva una quota dominante avrebbe condotto la Commissione a superare ogni preoccupazione, senza alcun'altra valutazione. Dubbi nascono altresì sull'analisi che la Commissione avrebbe condotto relativamente a quei mercati in cui le parti detenevano quote elevate.

Si può pacificamente concludere, quindi, che l'applicazione del nuovo criterio stia a piccoli passi garantendo quella certezza del diritto nel cui interesse esso è stato adottato, come si evince dalla lettura del *considerando* n. 25 del regolamento, determinando effetti positivi sul mercato, sull'economia, che è influenzata da tali transazioni, e soprattutto sui consumatori alla cui tutela il diritto della concorrenza è volto.

Elia Iorio

⁴¹ Segnatamente nei seguenti mercati: *Steerable guidewires, Ballon Expandable stents, Carotid stents, Non carotid stents, Endoscopic vessel harvesting (EVH) systems.*

CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE E REGIME DI ATTRAVERSAMENTO DELLE FRONTIERE

Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 62, punti 1. e 2., lett. a.,
vista la proposta della Commissione,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato¹,
considerando quanto segue:

1. L'adozione di misure a norma dell'art. 62, punto 1., del Trattato volte a garantire che non vi siano controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne è un elemento costitutivo dell'obiettivo dell'Unione, enunciato nell'art. 14 del Trattato, di instaurare uno spazio senza frontiere interne nel quale sia assicurata la libera circolazione delle persone.

2. A norma dell'art. 61 del Trattato, la creazione di uno spazio di libera circolazione delle persone deve essere accompagnata da altre misure. La politica comune in materia di attraversamento delle frontiere esterne, quale prevista nell'art. 62, punto 2., del Trattato, fa parte di tali misure.

3. L'adozione di misure comuni in materia di attraversamento delle frontiere interne da parte delle persone nonché di controllo di frontiera alle frontiere esterne dovrebbe tener conto dell'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea e, in particolare, delle disposizioni pertinenti della convenzione d'applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni², nonché del manuale comune³.

(*Omissis*)

5. La definizione di un regime comune in materia di attraversamento delle frontiere da parte delle persone non mette in discussione né pregiudica i diritti in materia

* *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006 p. 1 ss. In argomento v. *infra*, p. 587 ss., la nota di GIUSEPPE LICASTRO.

¹ Parere del Parlamento europeo del 23 giugno 2005 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 21 febbraio 2006.

² *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 19. Convenzione modificata da ultimo dal regolamento (Ce) n. 1160/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Guce* n. L 191 del 22 luglio 2005, p. 18).

³ *Guce* n. C 313 del 16 dicembre 2002, p. 97. Manuale comune modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 2133/2004 del Consiglio (*Guce* n. L 369 del 16 dicembre 2004, p. 5).

di libera circolazione di cui godono i cittadini dell'Unione e i loro familiari nonché i cittadini dei paesi terzi e i loro familiari che, in virtù di accordi conclusi tra la Comunità e i suoi Stati membri, da un lato, e detti paesi terzi, dall'altro, beneficiano di diritti in materia di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione.

6. Il controllo di frontiera è nell'interesse non solo dello Stato membro alle cui frontiere esterne viene effettuato, ma di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno. Il controllo di frontiera dovrebbe contribuire alla lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani nonché alla prevenzione di qualunque minaccia per la sicurezza interna, l'ordine pubblico, la salute pubblica e le relazioni internazionali degli Stati membri.

7. Le verifiche di frontiera dovrebbero essere effettuate nel pieno rispetto della dignità umana. Il controllo di frontiera dovrebbe essere eseguito in modo professionale e rispettoso ed essere proporzionato agli obiettivi perseguiti.

8. Il controllo di frontiera comprende non soltanto le verifiche sulle persone ai valichi di frontiera e la sorveglianza tra tali valichi, ma anche l'analisi dei rischi per la sicurezza interna e l'analisi delle minacce che possono pregiudicare la sicurezza delle frontiere esterne. È pertanto necessario stabilire le condizioni, i criteri e le regole dettagliate volti a disciplinare sia le verifiche ai valichi di frontiera sia la sorveglianza.

9. Al fine di evitare eccessivi tempi di attesa ai valichi di frontiera occorrerebbe prevedere, in presenza di circostanze eccezionali ed imprevedibili, possibilità di snellimento delle verifiche alle frontiere esterne. La sistematica apposizione di un timbro sui documenti dei cittadini di paesi terzi rimane un obbligo in caso di snellimento delle verifiche di frontiera. L'apposizione del timbro consente di determinare con certezza la data e il luogo dell'attraversamento della frontiera, senza accertare in tutti i casi se siano state eseguite tutte le misure di controllo dei documenti di viaggio prescritte.

10. Al fine di ridurre i tempi di attesa dei beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione, occorrerebbe prevedere, se le circostanze lo consentono, corsie separate ai valichi di frontiera segnalate da indicazioni uniformi in tutti gli Stati membri. Corsie separate dovrebbero essere previste negli aeroporti internazionali. Se ritenuto opportuno e se le circostanze locali lo consentono, gli Stati membri dovrebbero considerare l'allestimento di corsie separate ai valichi delle frontiere marittime e terrestri.

11. Gli Stati membri dovrebbero evitare che le procedure di controllo alle frontiere esterne costituiscano un ostacolo maggiore agli scambi economici, sociali e culturali. A tal fine, dovrebbero predisporre personale e risorse appropriati.

12. Gli Stati membri dovrebbero designare il servizio o i servizi nazionali incaricati, ai sensi della legislazione nazionale, dei compiti di controllo di frontiera. Ove in uno stesso Stato membro più servizi siano incaricati dei compiti di controllo di frontiera, dovrebbe essere garantita una cooperazione stretta e permanente.

13. La cooperazione operativa e l'assistenza tra Stati membri in materia di controllo di frontiera dovrebbero essere gestite e coordinate dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri, istituita dal regolamento (Ce) n. 2007/2004⁴.

14. Il presente regolamento non pregiudica i controlli effettuati nell'ambito delle

⁴ Regolamento (Ce) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (*Gu-Ue* n. L 349 del 25 novembre 2004, p. 1).

competenze generali di polizia, né i controlli di sicurezza sulle persone identici a quelli effettuati per i voli interni, né la facoltà degli Stati membri di sottoporre i bagagli a controlli di carattere eccezionale a norma del regolamento (Cee) n. 3925/91 del Consiglio, del 19 dicembre 1991, relativo all'eliminazione dei controlli e delle formalità applicabili ai bagagli a mano e ai bagagli registrati delle persone che effettuano voli intracomunitari nonché ai bagagli delle persone che effettuano una traversata marittima intracomunitaria⁵, né le legislazioni nazionali relative al possesso di documenti di viaggio e d'identità o all'obbligo di dichiarare la propria presenza nel territorio dello Stato membro interessato.

15. Gli Stati membri dovrebbero inoltre avere la facoltà, in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, di ripristinare temporaneamente il controllo di frontiera alle frontiere interne. È opportuno stabilire le pertinenti condizioni e procedure, al fine di garantire che tale provvedimento è eccezionale e che è rispettato il principio di proporzionalità. L'estensione e la durata del controllo di frontiera temporaneamente ripristinato alle frontiere interne dovrebbero essere limitate allo stretto necessario per rispondere a tale minaccia.

16. In uno spazio di libera circolazione delle persone, il ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne dovrebbe costituire un'eccezione. Non si dovrebbero effettuare controlli di frontiera o imporre formalità a causa del solo attraversamento della frontiera.

17. È opportuno prevedere una procedura che consenta alla Commissione di adeguare talune modalità pratiche del controllo di frontiera. In tal caso, sono adottate le misure necessarie per l'attuazione del presente regolamento secondo la decisione n. 1999/468/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione⁶.

18. È altresì opportuno prevedere una procedura che consenta agli Stati membri di notificare alla Commissione le modifiche apportate ad altre modalità pratiche del controllo di frontiera.

19. Poiché l'obiettivo del presente regolamento, vale a dire l'istituzione di norme applicabili all'attraversamento delle frontiere da parte delle persone, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque essere realizzato 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 tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

20. Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi riconosciuti, in particolare, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Dovrebbe essere attuato nel rispetto degli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale e di non respingimento.

(Omissis)

22. A norma degli artt. 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca, allegato al Trattato sull'Unione europea ed al Trattato che istituisce la Comunità euro-

⁵ *Guce* L 374 del 31 dicembre 1991, p. 4. Regolamento modificato dal regolamento (Ce) n. 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Gu-Ue* n. L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1).

⁶ *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23.

pea, la Danimarca non partecipa all'adozione del presente regolamento e non è vincolata da esso o tenuta ad applicarlo. Poiché il presente regolamento si basa sull'*acquis* di Schengen in forza delle disposizioni del titolo IV della parte terza del Trattato che istituisce la Comunità europea, la Danimarca dovrebbe decidere, a norma dell'art. 5 di detto protocollo, entro un periodo di sei mesi dalla data di adozione del presente regolamento, se intende recepirlo nel proprio diritto interno.

23. Per quanto riguarda l'Islanda e la Norvegia, il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen ai sensi dell'accordo concluso dal Consiglio dell'Unione europea con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen⁸, che rientrano nel settore di cui all'art. 1, punto A, della decisione n. 1999/437/Ce del Consiglio⁹, relativa a talune modalità di applicazione di tale accordo.

24. È necessario definire un regime per permettere a rappresentanti dell'Islanda e della Norvegia di essere associati ai lavori dei comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze d'esecuzione. Tale regime è stato previsto nello scambio di lettere fra il Consiglio dell'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sui comitati che coadiuvano la Commissione europea nell'esercizio dei suoi poteri esecutivi¹⁰, allegato al summenzionato accordo.

25. Per quanto riguarda la Svizzera, il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen ai sensi dell'accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera riguardante l'associazione di quest'ultima all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen, che rientrano nel settore di cui all'art. 1, punto A, della decisione n. 1999/437/Ce in combinato disposto con l'art. 4, par. 1, delle decisioni del Consiglio n. 2004/849/Ce¹¹ e n. 2004/860/Ce¹².

26. È necessario definire un regime per permettere a rappresentanti della Svizzera di essere associati ai lavori dei comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze d'esecuzione. Tale regime è stato previsto nello scambio di lettere tra la Comunità e la Svizzera allegato al summenzionato accordo.

27. Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen a cui il Regno Unito non partecipa, ai sensi della decisione n. 2000/365/Ce del Consiglio, del 29 maggio 2000, riguardante la richiesta del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen¹³. Il Regno Unito non partecipa pertanto alla sua adozione e

⁸ *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 69.

⁹ *Guce* n. L 176 del 10 luglio 1999, p. 36.

¹⁰ *Guce* n. L 176 del 10 luglio 1999, p. 31.

¹¹ *Guce* n. L 176 del 10 luglio 1999, p. 53.

¹² Decisione n. 2004/849/Ce del Consiglio, del 25 ottobre 2004, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, nonché all'applicazione provvisoria di alcune disposizioni dell'accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera riguardante l'associazione della Confederazione svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen (*Gu-Ue* n. L 368 del 15 dicembre 2004, p. 26).

¹³ Decisione n. 2004/860/Ce del Consiglio, del 25 ottobre 2004, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, nonché all'applicazione provvisoria di alcune disposizioni dell'accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera riguardante l'associazione della Confederazione svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen (*Gu-Ue* n. L 370 del 17 dicembre 2004, p. 78).

non è vincolato da esso o tenuto ad applicarlo.

28. Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen a cui l'Irlanda non partecipa, ai sensi della decisione n. 2002/192/Ce del Consiglio, del 28 febbraio 2002, riguardante la richiesta dell'Irlanda di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen¹⁴. L'Irlanda non partecipa pertanto alla sua adozione e non è vincolata da esso o tenuta ad applicarlo.

29. Nel presente regolamento l'art. 1, prima frase, l'art. 5, par. 4, lett. a., il titolo III e le disposizioni del titolo II e relativi allegati riguardanti il sistema d'informazione Schengen (SIS) sono disposizioni basate sull'*acquis* di Schengen o ad esso altrimenti connesse ai sensi dell'art. 3, par. 2, dell'atto di adesione del 2003,

(*Omissis*)

IL «CODICE FRONTIERE SCHENGEN»

L'istituzione di un *codice* nel settore dell'attraversamento delle frontiere da parte delle persone¹ costituisce un significativo strumento *comunitario* che riprende i contenuti (con alcune modifiche ed integrazioni) della *proposta*² relativa all'elaborazione di un testo che «va ben al di là di una semplice rifusione (...) del manuale comune (...), composto da una parte dedicata alle "frontiere esterne" (titolo II) e da una parte dedicata alle "frontiere interne" (titolo III)»³. Infatti, il *codice* contiene diversi "elementi" dell'*acquis* di Schengen integrato nell'ordinamento dell'Unione europea⁴, vale a dire:

¹⁴ *Guce* n. L 64 del 7 marzo 2002, p. 20.

¹ Cfr. *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss.

In estrema sintesi, occorre precisare che il «codice frontiere Schengen»: non si applica al Regno Unito e all'Irlanda (cfr. *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 3, punti 27-28); si applica all'Islanda e alla Norvegia (cfr. *ivi*, punto 23), alla Svizzera (cfr. *ivi*, punto 25); la Danimarca deve decidere «entro un periodo di sei mesi dalla data di adozione del presente regolamento, se intende recepirlo nel proprio diritto interno» (cfr. *ivi*, punto 22); si applica parzialmente ai nuovi Paesi membri, secondo la disciplina di cui all'art. 3, par. 2, dell'Atto di adesione (cfr. *ivi*, punto 29; *Gu-Ue* n. L 236 del 23 settembre 2003, p. 33. Sul punto v. anche A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 103; A. LANG, *Quali conseguenze sulla libera circolazione delle persone dopo l'allargamento dell'Unione europea?*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (Roma, 17-18 giugno 2004), Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 465).

² Cfr. Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce un «codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone», Com(2004)391 def. del 26 maggio 2004.

³ Cfr. *ivi*, p. 8.

⁴ Sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen cfr. L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 188 ss.; A. LIGUORI, *L'immigrazione e l'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2000, p. 442 ss.; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 181 ss.; A. LANG, *Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. II, p. 435-437; M. CONDINANZI - A.

- gli articoli della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen⁵;
- le decisioni del Comitato esecutivo istituito dalla suddetta Convenzione⁶;
- il Manuale comune (strumento di *complemento* per la gestione delle frontiere esterne);
- gli atti ad esso connessi.

Per quanto riguarda la disciplina relativa alle *frontiere esterne*, l'art. 4, par. 1, del *codice* prevede l'attraversamento delle suddette frontiere unicamente ai «valichi di frontiera» durante le ore stabilite. Tuttavia, il par. 2 del citato articolo contempla alcune eccezioni con specifico riferimento sia ai valichi che alle ore di apertura.

L'art. 5 elenca le condizioni per l'ingresso dei cittadini di Paesi terzi⁷:

- possedere sia «uno o più documenti di viaggio validi» (art. 5, par. 1, lett. *a*) sia «un visto valido, se richiesto (...), salvo che si sia in possesso di un permesso di soggiorno valido» (art. 5, par. 1, lett. *b*.);
- provare sia «lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto» sia il godimento «dei mezzi di sussistenza» tanto per il soggiorno quanto per il ritorno nel Paese di origine o di transito (art. 5, par. 1, lett. *c*.);
- «non essere segnalato nel SIS⁸ ai fini della non ammissione» (art. 5, par. 1, lett. *d*.);
- «non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri» (art. 5, par. 1, lett. *e*.).

La mancanza delle suddette condizioni comporta il respingimento (*refoulement*)⁹, salvo «l'applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata» (art. 13, par. 1)¹⁰.

LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, II ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 267- 274. Sull'evoluzione dell'*acquis* di Schengen cfr., in particolare, l'audizione del Prof. BRUNO NASCIBENE presso il Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, Roma, 30 novembre 2005, p. 3 ss., consultabile in: http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenbic/30/2005/1130/INTERO.pdf.

⁵ Il testo della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, in *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss. Sulla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen v. IAI, *La Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen del 19 giugno 1990*, in *Immigrazione e asilo nel quadro della politica italiana e nel contesto dell'Unione europea*, dossier giuridico, Roma, 2000, p. 13-19.

⁶ È opportuno ricordare che ai sensi dell'art. 2, par. 1, del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen (cfr. *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997) il Consiglio ha sostituito (da tempo) il Comitato esecutivo.

⁷ Tuttavia, il par. 4 dell'art. 5 del *codice* prevede delle deroghe.

⁸ Sul funzionamento del "Sistema d'Informazione Schengen" cfr. l'audizione del colonnello ENRICO MARIA FALCONE e del tenente colonnello MARCO DI STEFANO presso il Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, Roma, 13 luglio 2005, p. 3 ss., consultabile in: http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenbic/30/2005/0713/pdf001.pdf.

⁹ L'art. 13, par. 2, del *codice* stabilisce che il respingimento «può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise» da parte dell'autorità «competente». Tuttavia, il par. 3 del citato articolo prevede che le persone oggetto di un provvedimento di respingimento «hanno il diritto di presentare ricorso».

¹⁰ Riguardo i «diritti umani dei migranti» cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida*, cit. *supra*, nota 1, p. 378-386.

L'art. 7 disciplina le «verifiche minime» sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne. In particolare, il par. 2 del citato articolo prevede l'accertamento dell'identità delle persone attraverso la verifica dei documenti di viaggio. Gli accertamenti (sia all'ingresso che all'uscita) previsti per i cittadini di Paesi terzi riguardano, ad esempio, la validità dei documenti di viaggio, i «mezzi di sussistenza» sia per il soggiorno che per il ritorno nel Paese di origine o di transito (art. 7, par. 3).

L'art. 16, par. 2, prevede che la «cooperazione operativa tra Stati membri nella gestione delle frontiere esterne è coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri (...), istituita dal regolamento (Ce) n. 2007/2004¹¹». Tuttavia, il par. 3 del citato articolo precisa che «gli Stati membri possono continuare la cooperazione operativa con altri Stati membri e/o Paesi terzi alle frontiere esterne, compreso lo scambio di ufficiali di collegamento, laddove tale cooperazione integri l'azione dell'Agenzia stessa».

Per quanto concerne la disciplina relativa alle *frontiere interne*, l'art. 20 prevede l'attraversamento delle suddette frontiere «senza che sia effettuata una verifica (...) sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità». Tuttavia, l'art. 21 contempla la possibilità – da parte delle forze di polizia – di eseguire opportuni controlli per ragioni di sicurezza.

Il *codice* prevede in «caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» la possibilità di ripristinare – per un periodo di 30 giorni o più – il «controllo di frontiera alle frontiere interne» (art. 23)¹² secondo la procedura stabilita all'art. 24 che sostanzialmente sostituisce¹³ quella prevista ai sensi dell'art. 2, par. 2 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen¹⁴ dal documento *SCH/I (95) 40, 6° rev.*¹⁵ approvato dalla decisione *SCH/Com-ex (95) 20, 2° rev.*¹⁶ del Comitato esecutivo del 20 dicembre 1995, ossia:

¹¹ Cfr. Regolamento (Ce) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 349 del 25 novembre 2004, p. 1-11. Riguardo l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea cfr. C. FAVILLI - B. NASCIBENE, *La gestione dell'immigrazione a livello comunitario*, in *Annuario IAI/ISPI* (a cura di A. COLOMBO - N. RONZITTI), *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 154-155.

¹² Sul tema dei "controlli di frontiera" v. i contributi raccolti nel volume a cura di P. CUTITTA e F. VASSALLO PALEOLOGO, *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

¹³ Sul punto cfr. Proposta di regolamento del Consiglio, *cit. supra*, nota 2, p. 38.

¹⁴ Riguardo gli *Accordi di Schengen* cfr. il volume a cura di B. NASCIBENE (con la collaborazione di M. PASTORE), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziale e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995; B. NASCIBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1999, p. 307-318; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 4, p. 80 ss.; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 4, p. 44 ss.; A. LANG, *Visti, asilo, immigrazione*, *cit. supra*, nota 4; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, *cit. supra*, nota 1, p. 99 ss.; M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, *cit. supra*, nota 4, p. 256 ss.

¹⁵ Cfr. *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 134.

¹⁶ Cfr. *ivi*, p. 133. Va ricordato che il «codice frontiere Schengen» stabilisce all'art. 39, par. 2, lett. b., l'abrogazione della suddetta decisione (cfr. *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 14).

«1. *Procedura in caso di consultazione preliminare (art. 2, par. 2, prima frase)* Uno Stato che prevede, a breve scadenza, il ripristino di controlli alle frontiere interne deve rivolgere agli altri Stati una *notifica* recante le seguenti informazioni: *a. Cause della decisione prevista*: lo Stato deve precisare i fatti che costituiscono una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. *b. Estensione della decisione prevista*: lo Stato deve precisare se questi controlli interesseranno tutte le frontiere o solo determinate zone. *c. Durata della decisione prevista*: lo Stato deve precisare il momento di applicazione della decisione (previa consultazione) e la relativa durata prevedibile. *d. Domanda di consultazione*: lo Stato deve precisare quali misure si aspetta da alcuni o da tutti gli Stati per evitare il ripristino dei controlli o, in caso di ripristino dei controlli, per completare le misure prese dallo Stato richiedente. *I destinatari* della decisione sono: i membri del Comitato esecutivo e del Gruppo centrale, nonché il Segretariato generale. In conformità dell'art. 131 par. 2, la presidenza organizza rapidamente una riunione del Comitato esecutivo, eventualmente preceduta da una riunione del Gruppo centrale in seduta plenaria o in cerchia ristretta, per condurre le consultazioni tra gli Stati. L'organizzazione di una riunione specifica non è necessaria qualora sia comunque prevista una riunione a breve termine del Comitato esecutivo. In tal caso l'ordine del giorno è completato di conseguenza. In caso di mantenimento della decisione di ripristino dei controlli dopo la fase di consultazione, lo Stato richiedente deve informare i predetti destinatari sulla data e sulle condizioni di applicazione delle misure relative all'art. 2, par. 2. (...) 2. *Procedura in caso di decisione immediata (art. 2, par. 2, seconda frase)* Uno Stato che ritiene necessario il ripristino immediato dei controlli per tutelare l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, deve effettuare una *notifica* agli altri Stati avente il medesimo contenuto di quello descritto sub 1): cause, estensione e durata prevedibile della decisione. Si applicano altresì gli elementi citati al punto 1 (identificazione dei destinatari, contatti bilaterali, ...). Lo Stato deve precisare se richiede misure di assistenza e di cooperazione ad altri Stati. Tenuto conto delle circostanze, una riunione del Comitato esecutivo verrà organizzata quanto prima possibile dopo la notifica della decisione. 3. *Procedura di proroga o di ritorno alla normalità* Lo Stato che fa ricorso alla procedura di cui all'art. 2 par. 2 conferma la data della soppressione dei controlli e sottopone, nello stesso momento o entro breve termine, un rapporto relativo all'applicazione della decisione. Se tuttavia lo Stato ritiene che la durata dell'applicazione della decisione iniziale debba essere prorogata, notifica tale decisione secondo le procedure descritte al punto 1 o 2»¹⁷.

In particolare, l'art. 24, par. 1, del *codice* stabilisce che qualora «uno Stato membro intende ripristinare il controllo di frontiera alle frontiere interne (...) ne dà quanto prima comunicazione agli altri Stati membri e alla Commissione», specificando:

- «i motivi del ripristino proposto, precisando gli avvenimenti che costituiscono una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna»;
- «l'estensione del ripristino proposto, precisando le frontiere alle quali il controllo di frontiera sarà ripristinato»;
- «la denominazione dei valichi di frontiera autorizzati»;
- «la data e la durata del ripristino proposto»;
- «eventualmente, le misure che devono essere adottate dagli altri Stati membri».

¹⁷ Cfr. *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 134.

Il par. 2 del citato articolo attribuisce alla Commissione la possibilità di esprimere un parere al riguardo¹⁸ («fatto salvo l'art. 64, par. 1, del Trattato»). Tuttavia, il par. 3 dell'art. 24 precisa che sia le informazioni, i motivi di cui al par. 1 del citato articolo, sia il parere della Commissione di cui al par. 2 del suddetto articolo «sono oggetto di consultazioni tra lo Stato membro che prevede di ripristinare il controllo di frontiera, gli altri Stati membri e la Commissione, al fine di organizzare, se necessario, una cooperazione reciproca tra gli Stati membri ed esaminare la proporzionalità delle misure rispetto agli avvenimenti all'origine del ripristino del controllo di frontiera ed ai rischi per l'ordine pubblico o la sicurezza interna».

L'art. 25 contempla la procedura «nei casi che richiedono un'azione urgente»: lo Stato membro che ripristina «in via eccezionale e immediatamente il controllo di frontiera alle frontiere interne» deve avvertire sia gli altri Stati membri sia la Commissione, indicando i motivi a norma dell'art. 24, par. 1.

L'art. 26 prevede, invece, la possibilità di prorogare – per periodi di 30 giorni (art. 23, par. 2) – il «controllo di frontiera alle frontiere interne»: lo Stato membro che intende prorogare il periodo di "controllo" deve informare sia gli altri Stati membri che la Commissione, precisando i motivi. La Commissione può esprimere un parere al riguardo.

Lo Stato membro che ripristina il «controllo di frontiera alle frontiere interne» deve sia confermare «la data della soppressione del controllo», sia trasmettere una relazione – «nel contempo» o al più presto – alla Commissione, al Consiglio, al Parlamento europeo specificando «il funzionamento delle verifiche e l'efficacia del ripristino del controllo di frontiera» (art. 29).

L'ultima norma su cui ci soffermiamo, l'art. 39, stabilisce l'abrogazione¹⁹ (ossia la sostituzione²⁰ con le corrispondenti norme contemplate dal «codice frontiere Schengen»):

- degli artt. 2-8 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (relativi al «passaggio alle frontiere» interne ed esterne)²¹;
- del Manuale comune (compresi gli allegati);
- di determinati atti.

In conclusione del breve quadro sin qui descritto, non appare azzardato affermare che il «codice frontiere Schengen» costituisce un significativo *strumento* per disciplinare una materia delicata e complessa anche alla luce di un ulteriore, possibile allargamento dell'Unione europea.

Giuseppe Licastro

¹⁸ La possibilità della Commissione di valutare l'opportunità di ripristinare il «controllo di frontiera alle frontiere interne» costituisce indubbiamente una *garanzia* in casi particolari, ad esempio: la paura di eventuali attentati terroristici (sul rapporto tra "migrazione e terrorismo" cfr., in particolare, M. R. SAULLE, *Migrazione e terrorismo: due fenomeni impropriamente abbinati*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida*, cit. supra, nota 1, p. 543-548) potrebbe indurre alcuni Stati membri all'utilizzazione indiscriminata di tale "procedura".

¹⁹ A partire dalla data di entrata in vigore del *codice*: 13 ottobre 2006.

²⁰ Sul punto, v. Proposta di regolamento del Consiglio, cit. supra, nota 2, p. 38.

²¹ È opportuno ricordare che nel corso del tempo (con atti successivi) «(...) il Cons. ha già provveduto a modificare l'*acquis* [di Schengen], dopo la sua comunitarizzazione. In particolare, esso ha modificato l'art. 18 della Convenzione di applicazione con reg. Ce n. 1091/2001 del 28 maggio 2001, (...); ha integrato l'art. 26 della Convenzione di applicazione con dir. 2001/51/Ce del 28 giugno 2001 (...)» cfr. A. LANG, *Visti, asilo, immigrazione*, cit. supra, nota 4, cap. II, par. 3, p. 436.

DOCUMENTAZIONE

SCAMBI DI QUOTE DI CO₂ TRA LE IMPRESE EUROPEE: CONSEGUENZE ECONOMICHE PREGIUDIZIEVOLI PER LE IMPRESE ITALIANE

Attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

AS367 - Schema di Piano Nazionale di Assegnazione delle quote di emissioni per per il periodo 2008-2012*

Roma, 3 novembre 2006

Ministro dello Sviluppo Economico, On. Pierluigi Bersani
Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, On. Alfonso Pecora-
ro Scanio

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, intende formulare alcune osservazioni relative allo Schema di Piano Nazionale di Assegnazione per il periodo 2008-2012 elaborato ai sensi dell'articolo 8, comma 2 del D. lgs. 4 aprile 2006, n. 216.

L'Autorità osserva che l'assegnazione delle quote di emissioni per il periodo 2005-2007 ha visto l'Italia particolarmente sfavorita rispetto ad altri Stati membri in ragione sia della ripartizione degli impegni prevista dal *Burden Sharing Agreement* del 1998 che dell'adozione da parte di alcuni Paesi di criteri non adeguati agli obiettivi di riduzione delle emissioni. Tale discriminazione è idonea a determinare uno svantaggio concorrenziale per gli operatori nazionali dei mercati esposti alla concor-

* In *Bollettino* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 42/2006 del 6 novembre 2006, p. 45 s. In argomento v. *infra*, p. 595 ss. l'articolo di *GIANLUCA BELOTTI E FRANCESCO PAOLO BELLO*.

renza internazionale e più in generale ad avere ricadute negative sulla competitività dell'intero sistema delle imprese.

Pertanto, l'Autorità auspica che nel presentare il Piano Nazionale di Assegnazione per il 2008-2012 si richieda da parte della Commissione una particolare coerenza e rigidità nell'esame dei Piani di allocazione dei diversi Stati membri, avvalendosi a tal fine anche dei dati disponibili sulle emissioni effettive del 2005. Inoltre, al fine di consentire da parte dei Paesi interessati un efficace monitoraggio del processo di approvazione dei piani nazionali si auspica che la Commissione venga sollecitata a trovare misure idonee a garantire trasparenza e omogeneità dei criteri di determinazione delle quote da assegnare, nonché adeguate misure di correzione dei piani.

La richiesta di sostegno in sede comunitaria di tali esigenze si ritiene vada accompagnata con l'auspicio di una tempestiva revisione delle quote negoziate con la Commissione nel 1998, negoziazione al tempo basata anche su dati prospettici di sviluppo che potrebbero non essere più conformi alle realtà industriali di alcuni Paesi.

L'Autorità esprime inoltre preoccupazioni in relazione alla circostanza che il quadro regolatorio nazionale e comunitario in materia di ETS non fornisca alle imprese segnali chiari e prevedibili sugli effettivi oneri da sostenere. In particolare, va considerato che l'ammontare delle quote disponibili incide direttamente sui costi di produzione e quindi una eccessiva incertezza rischia di danneggiare i processi di investimento delle imprese.

Pertanto, è di primaria rilevanza che le autorità nazionali e comunitarie mettano gli operatori nella condizione di poter prevedere con un adeguato margine di anticipo e grado di certezza il numero di diritti di emissione di cui potranno disporre.

Sotto l'analogo profilo di una corretta incentivazione degli investimenti effettuati, in particolare, dai produttori di energia elettrica, l'Autorità auspica che nel PNA si valutino adeguatamente le diverse tecnologie produttive, in modo da non disincentivare l'evoluzione del parco di generazione verso soluzioni efficienti sotto il profilo del contenimento dei costi e si valuti altresì l'esigenza di non ostacolare ingiustificatamente l'ingresso di nuovi operatori.

L'Autorità, infine, intende evidenziare l'importanza dei meccanismi flessibili previsti dal protocollo di Kyoto che permettono agli operatori di ottenere crediti di emissioni, anche al fine di evitare che i settori più penalizzati dal Piano, quali il settore elettrico, siano gravati da costi eccessivi. Pertanto, l'Autorità auspica che nell'ambito della definizione del PNA e nel rispetto della disciplina comunitaria non vengano determinati limiti troppo stringenti al ricorso a tali meccanismi.

In conclusione, l'Autorità intende sottolineare la necessità che l'applicazione del sistema di ETS a livello comunitario non comporti distorsioni concorrenziali tra operatori. L'Autorità auspica che le osservazioni di cui sopra siano tenute in conto tanto nell'ambito della definizione del Piano Nazionale di Assegnazione per il 2008-2012 quanto nel corso del processo di esame dello stesso da parte della Commissione.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

IL NUOVO SISTEMA COMUNITARIO PER IL COMMERCIO DELLE QUOTE DI CO₂ (U' BEN S'IMPINGUA SE NON SI VANEGGIA)¹

Sommario: *Premessa - I. Il sistema comunitario di scambio di quote di CO₂ - 1. Campo di applicazione - 2. Autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra. Obbligo di restituzione delle quote rilasciate. Trasferimento delle quote. Sanzioni - Assegnazione e rilascio delle quote - 4. Il Piano nazionale di assegnazione - a. Il procedimento di approvazione - b. I criteri per l'elaborazione del PNA - c. Assegnazione e rilascio delle quote di emissioni - II. Il sistema dell' "emission trading" in Italia - 1. Il Piano Nazionale d'Assegnazione delle quote notificato alla Commissione europea il 15 luglio 2004 - III. Il mercato delle quote di CO₂ - IV. Gli aiuti di Stato. Inesistenza - V. Conclusioni.*

Premessa

Questo articolo elabora alcune riflessioni, che si sperano stimolanti ed utili, per giungere ad una prima valutazione, invero particolarmente critica, del nuovo sistema comunitario di compravendita delle quote di anidride carbonica, sin qui salutato con tanto grande, quanto incomprensibile entusiasmo, da ambientalisti, politici e giuristi.

Come si leggerà, un minimo di cautela avrebbe dovuto imporsi nel passato recente, stante la complessità del sistema comunitario istituito; oggi, la massima prudenza è ancor più d'obbligo, costatati le speculazioni finanziarie ed il circolo vizioso che un siffatto sistema ha generato, senza, da un lato, alcun, ancorché minimo, vantaggio per l'ambiente, giacché le quote globalmente allocate nell'Unione europea agli 8.980 siti industriali coperti dalla direttiva (per circa 1.830 milioni di tonnellate) si sono rivelate superiori al fabbisogno complessivo (valutato ora a 1.785,3 milioni di tonnellate), dall'altro lato pregiudicando gravemente la competitività delle imprese di quei Paesi membri dell'Unione europea che non hanno saputo/voluto negoziare le loro

¹ «Io fui de li agni de la santa greggia
che Domenico mena per cammino
u' ben s'impingua se non si vaneggia». DANTE, *Paradiso*, canto X.

quote in sede comunitaria con sufficiente energia e dinamismo, qual è stato il caso dell'Italia. Invero, molte delle 900 imprese comunitarie, ossia circa il 10% delle imprese coinvolte nel sistema *de quo*, costrette a comprare quote presso altre imprese, talvolta loro concorrenti, destinatarie di quote superiori al fabbisogno, sono/saranno italiane.

Dopo aver passato in rassegna l'architettura del sistema, soffermandoci, inoltre, per escluderla, sulla questione concernente gli aiuti di Stato eventualmente connessi all'allocazione delle quote alle singole imprese, da ultimo, ci si sofferma nell'articolo sulla necessità per le competenti autorità nazionali – vivamente auspicata nell'interesse dell'industria italiana – di un'azione politica determinata in sede comunitaria, in occasione dell'imminente elaborazione del nuovo piano 2008-2012, che possa azzerare la situazione che si è venuta creando, permettendo una più equa redistribuzione degli sforzi tra gli Stati membri e, quindi, tra le rispettive imprese chiamate a concorrere su un piede di uguaglianza (*level playing field*²) tanto caro anche alla Commissione europea, nel mercato comune.

I. Il sistema comunitario di scambio di quote di CO₂

Il sistema comunitario che ha istituito lo scambio di quote di anidride carbonica (CO₂) si caratterizza per l'estrema complessità della sua architettura, certamente tale da giustificare il rinvio dantesco nel titolo.

Oggiogiorno, tre sono i mezzi per un'impresa, coperta dalle disposizioni in parola, per conformarsi agli impegni assunti dagli Stati firmatari del protocollo di Kyoto nei termini di cui si scriverà meglio *infra* e per rispettare le soglie d'emissione che le sono state / le saranno allocate su base annua fino al 2012: *i.* ridurre la propria produzione; *ii.* realizzare investimenti ambientali addizionali, quando lo stato della tecnica renda ciò possibile; *iii.* continuare ad inquinare, acquistando quote d'emissione da altre imprese, che hanno/avrebbero dovuto ridurre le loro nel contesto delle azioni *sub i. e ii.*

Tuttavia, l'allocazione magnanima delle quote, in termini generali ed aggregati nell'Unione europea (UE), per il triennio 2005-2007, permetterà ai 9/10 delle imprese coinvolte, ossia a circa 8.000 su quasi 9.000, di continuare ad operare esattamente come in passato, per almeno un altro biennio, senza alcun cambiamento produttivo, con buona pace per l'ambiente e gli obiettivi fissati dal protocollo di Kyoto, ciò che dovrebbe renderci tutti più prudenti, ambientalisti *in primis*, prima di mettere all'indice i Paesi industrializzati, quali Stati Uniti ed Australia, che hanno optato per scelte più radicali, non ratificando il protocollo, decisioni certamente non condivisibili, ma almeno più

² *Level playing field: Environment in which all companies in a given market must follow the same rules and are given an equal ability to compete.*

coerenti di quanto ha saputo fare il vecchio e poco saggio nostro continente. Ciò rende, per altra via, ancor più difficile da accettare la situazione penalizzante che si è creata, per quel decimo d'impresе che invece dovranno, se già non è stato il caso, comprare le quote.

Nell'ipotesi *supra* ripresa *sub iii*, si colloca il sistema comunitario definito furbescamente ed in modo eufemistico di scambio, *rectius*: di compravendita, di quote di CO₂. Cercando di andare con ordine nella sua presentazione, semplificando per non scoraggiare il (povero) lettore, ricordiamo che il 13 ottobre 2003 il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato, su proposta della Commissione europea, la direttiva n. 2003/87/Ce (in prosieguo: «direttiva»)³, che rientra nel Programma europeo relativo ai cambiamenti climatici, fatto proprio nel 2002 dalla Commissione europea con la decisione n. 2002/358/Ce. La direttiva, entrata in vigore il successivo 25 ottobre 2003, ha creato un mercato delle «quote di emissioni di gas a effetto serra»⁴ nell'UE, al preteso fine di promuoverne la riduzione secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica per l'industria comunitaria.

1. *Campo d'applicazione*

La direttiva si applica alle attività ed ai gas elencati nel suo Allegato I: si tratta, in particolare, delle emissioni di anidride carbonica o biossido di carbonio (in prosieguo anche: «CO₂»)⁵ provenienti da impianti che svolgono attività di combustione energetica, produzione e trasformazione di metalli ferrosi, lavorazione e trasformazione di prodotti minerali, produzione di pasta per carta e cartoni.

I comparti industriali della siderurgia, del cemento, della carta, della calce, del vetro, dei prodotti ceramici e laterizi, nonché le attività energetiche sono già state coperte dalla direttiva⁶; altri comparti, in particolare quello chimico e dei trasporti aereo e marittimo, dovrebbero aggiungersi nel prossimo futuro, su decisione comunitaria.

³ Direttiva n. 2003/87/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003 che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva n. 96/61/Ce del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 275 del 25 ottobre 2003, p. 32 e in questa *Rivista*, 2004, p. 567 con commento di V. DI MILLA, *La disciplina comunitaria per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra*, p. 575 ss.

⁴ *Unità di riduzione delle emissioni*, nella terminologia del protocollo di Kyoto.

⁵ Sono qualificati come gas ad effetto serra dal protocollo di Kyoto, oltre al biossido di carbonio: il metano (CH₄), l'ossido di azoto (N₂O), gli idrofluorocarburi (HFC), i perfluorocarburi (PFC), l'esaffluoro di zolfo (SF₆).

⁶ Si valuta che solamente poco più del 40% delle emissioni di gas ad effetto serra siano state sin qui coperte dalla direttiva.

2. *Autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra. Obbligo di restituzione delle quote rilasciate. Trasferimento delle quote. Sanzioni*

Gli Stati membri dell'UE avrebbero provveduto affinché, a decorrere dal 1° gennaio 2005, tutti gli impianti che esercitavano le attività sopra elencate operassero solo se muniti di specifica autorizzazione, rilasciata dalle autorità competenti previa verifica della capacità dell'operatore di monitorare nel tempo le proprie emissioni e con obbligo, a carico dello stesso operatore, di restituire entro il 30 aprile di ogni anno un numero di quote d'emissione pari alle emissioni di gas rilasciate durante l'anno precedente. Superate le quote allocate, l'impresa avrebbe dovuto procurarsi le quote mancanti acquistandole sul mercato, presso altre imprese "virtuose" che, grazie ad investimenti ambientali oppure ad una deliberata riduzione di produzione (ossia le ipotesi *supra* richiamate *sub i.* e *ii.*), non avevano utilizzato la totalità delle quote loro allocate dai rispettivi Stati membri. Pertanto, le quote assegnate ai singoli impianti possono essere vendute ed acquistate, ed alle transazioni possono partecipare, oltre agli operatori, anche soggetti terzi, quali intermediari finanziari ed organizzazioni non governative.

Il trasferimento delle quote deve essere annotato in un registro nazionale, che gli Stati membri devono provvedere ad istituire, mentre le emissioni reali che determinano la resa annuale delle quote da parte degli operatori sono il risultato del monitoraggio effettuato dall'operatore stesso e certificato da un soggetto terzo accreditato dall'autorità competente. Sugli Stati membri incombe l'obbligo di provvedere affinché le emissioni vengano controllate in conformità alle linee guida adottate dalla Commissione e affinché gli operatori comunichino all'autorità competente le emissioni rilasciate nell'anno. Sotto il profilo sanzionatorio, la mancata "resa" di una quota di emissione comporta l'applicazione di una sanzione pecuniaria, fissata in 40 euro nel periodo 2005-2007 e in 100 euro dal 2008 al 2012; le emissioni oggetto di sanzione non sono esonerate dall'obbligo di resa di quote. Vi sarà, quindi, un doppio aggravio per l'imprenditore che non rispetti le quote allocate: la sanzione, oltre all'acquisto delle quote sul mercato, per la loro successiva cessione.

3. *Assegnazione e rilascio delle quote*

Evidenziata la necessità di adottare «disposizioni comunitarie sull'assegnazione di quote di emissioni da parte degli Stati membri onde contribuire a preservare l'integrità del mercato interno ed evitare distorsioni della concorrenza», il Parlamento ed il Consiglio europei – con la direttiva in esame – pensavano aver disciplinato in maniera chiara, puntuale ed inequivocabile sia l'*iter* procedurale che i singoli Stati membri avrebbero dovuto seguire al fine della assegnazione delle quote di CO₂ ai singoli settori industriali ed ai singoli impianti, sia i criteri ed i metodi di assegnazione cui gli stessi Stati membri

erano tenuti ad uniformarsi, tra cui quello della minore riduzione possibile dello sviluppo economico e dell'occupazione, cui l'UE attribuisce, forse non solo a parole, strategica importanza⁷. In particolare, la direttiva prescrive l'adozione di due diversi provvedimenti, con oggetto e finalità differenti, e che presuppongono l'espletamento di due distinti ed autonomi procedimenti, indipendenti l'uno dall'altro. Si tratta, in particolare, del «Piano nazionale di assegnazione» ("PNA"), e della successiva "decisione" di assegnazione e di rilascio delle quote di emissioni. Il primo di tali provvedimenti, soggetto alla verifica ed all'accordo in sede comunitaria, è propedeutico all'adozione del secondo, come dimostra la stessa collocazione della relativa disciplina all'interno della direttiva. Per completezza sul punto, si aggiunge che risultano ad oggi pendenti alcuni ricorsi da parte di diverse imprese dinanzi al TAR Lazio, oltre ad un ricorso straordinario al capo dello Stato, contro il provvedimento nazionale d'assegnazione delle quote, basati anche sul mancato rispetto della relazione temporale di cui sopra, ossia è contestato che la decisione d'assegnazione delle quote alle singole imprese sia intervenuta prima che il PNA fosse stato definitivamente e formalmente approvato dalla Commissione europea.

4. *Il Piano nazionale di assegnazione*

a. Il procedimento di approvazione

Le quote di emissioni – ogni quota dà diritto al rilascio di una tonnellata di CO₂ equivalente – vengono rilasciate dagli Stati membri dopo che gli stessi hanno provveduto all'approvazione di un Piano nazionale di assegnazione. L'oggetto del PNA e il relativo procedimento di approvazione è disciplinato dall'art. 9, che così recita:

«1. Per ciascun periodo di cui all'art. 11, par. 1 e 2, ciascuno Stato membro elabora un piano nazionale che determina le quote totali di emissioni che intende assegnare per tale periodo e le modalità di tale assegnazione. Il piano si fonda su criteri obiettivi e trasparenti (...).

Per il periodo di cui all'art. 11, par. 1, il piano è pubblicato e notificato alla Commissione e agli altri Stati membri entro il 31 marzo 2004. Per i periodi successivi, il piano è pubblicato e notificato alla Commissione e agli altri Stati membri almeno diciotto mesi prima dell'inizio del periodo in questione.

2. (...).

3. Nei tre mesi successivi alla notificazione da parte di uno Stato membro di un piano nazionale di cui al par. 1, la Commissione può respingerlo, in tutto o in parte, qualora lo ritenga incompatibile con l'art. 10 o con i criteri elencati

⁷ Non si riesce a ricordare una sola misura comunitaria che abbia concretamente contribuito allo sviluppo ed all'incremento dell'occupazione. Il clamoroso e da nessuno ormai contestato insuccesso dell'agenda di Lisbona ne è stato un'ulteriore, triste riprova.

nell'allegato III. Lo Stato membro prende una decisione a norma dell'art. 11, par. 1 o par. 2, solo previa accettazione da parte della Commissione delle modifiche che esso propone. La Commissione giustifica ogni decisione di rigetto».

Riepilogando, il procedimento di approvazione del PNA relativo al periodo 2005-2007, così come disciplinato dalla direttiva, cosiccome sarà quello per il periodo venturo 2008-2012, è il seguente:

1. elaborazione ed approvazione del piano da parte degli organi competenti di ciascuno Stato membro, sulla base di criteri obiettivi e trasparenti, tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico, *in primis* delle imprese;

2. pubblicazione del piano e notificazione dello stesso alla Commissione europea e agli altri Stati membri entro il 31 marzo 2004;

3. esame del piano da parte della Commissione europea, assistita dal comitato istituito dall'art. 8 della decisione n. 93/389/Cee, la quale può approvarlo oppure respingerlo, in tutto o in parte;

4. in caso di rigetto, anche parziale, il piano deve essere nuovamente elaborato, con le opportune modifiche, dunque nuovamente pubblicato e notificato come *sub 2*;

5. approvazione definitiva del piano da parte della Commissione europea.

Tutto questo deve precedere necessariamente la successiva decisione d'assegnazione delle quote ai singoli comparti industriali, alle singole imprese.

b. I criteri per l'elaborazione del PNA

Stabilisce l'art. 9, comma 1, che «Il piano si fonda su criteri obiettivi e trasparenti, compresi i criteri elencati nell'allegato III, e tiene nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico».

In particolare l'Allegato III prevede, *inter-alia*:

- «3. La quantità delle quote da assegnare è coerente con il potenziale, compreso il potenziale tecnologico, di riduzione delle emissioni delle attività contemplate dal presente sistema. Gli Stati membri possono basare la ripartizione delle quote sulla media delle emissioni dei gas ad effetto serra relative ai prodotti di ciascuna attività e sui progressi realizzabili in ciascuna attività.

4. Il piano è coerente con altri strumenti legislativi e politici della Comunità. Occorre tener conto di inevitabili incrementi delle emissioni dovuti a disposizioni di nuovi atti legislativi.

5. Il piano non opera discriminazioni tra imprese o settori per favorire indebitamente talune imprese o attività, conformemente alle prescrizioni del Trattato, in particolare agli artt. 87 e 88. (...)

9. Il piano prevede disposizioni riguardanti le osservazioni che il pubblico può presentare e contiene informazioni sulle modalità con le quali si terrà conto delle suddette osservazioni prima di adottare una decisione in materia di assegnazione delle quote».

c. Assegnazione e rilascio delle quote di emissioni

Ai sensi dell'art. 11, per il triennio che ha inizio il 1° gennaio 2005, la decisione di assegnazione e rilascio delle quote di emissioni è «presa almeno tre mesi prima dell'inizio del suddetto triennio, sulla base del piano nazionale di assegnazione di cui all'art. 9 e nel rispetto dell'art. 10, tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico». La stessa, dunque, presuppone l'avvenuta approvazione del PNA ed è successiva rispetto a quest'ultimo; del resto, già si è scritto come anche l'art. 9, comma 3, prevede che lo Stato membro prenda una decisione a norma dell'art. 11, par. 1 o par. 2, solo previa accettazione da parte della Commissione del PNA o, secondo i casi, delle modifiche al PNA. Con tale provvedimento «ciascuno Stato membro decide in merito alle quote totali di emissioni che assegnerà in tale periodo nonché in merito all'assegnazione di aliquote al gestore di ciascun impianto». Prescrive il terzo comma dell'art. 11 che tale decisione deve essere conforme «alle disposizioni del Trattato, in particolare agli artt. 87 e 88» e deve tener «conto della necessità di permettere ai nuovi entranti di accedere a tali quote».

Ai sensi del comma 4 «Per ogni anno del periodo di cui al par. 1 o al par. 2 l'autorità competente rilascia una parte delle quote totali di emissioni entro il 28 febbraio di tale anno».

II. Il sistema dell'«*emission trading*» in Italia

Le complessità del sistema comunitario sono state aggravate dalle modalità, sotto più profili incoerenti, con le quali l'Italia ha tentato di darne attuazione a livello nazionale, notificando diverse varianti del proprio PNA alla Commissione, non essendo stato accettato l'originale, portando non poche imprese a vaneggiare. Per giunta, le medesime varianti non hanno ricevuto la pubblicità prescritta, viziando in modo redibitorio, a parere di chi scrive, la legittimità della decisione d'assegnazione. In altre parole, le imprese penalizzate hanno saputo solo al momento della pubblicazione della decisione d'assegnazione in *Gazzetta Ufficiale* le quote loro spettanti. Per altra via, si osserva innanzitutto come, benché la direttiva prevedesse l'obbligo di trasposizione entro il 31 dicembre 2003, lo Stato italiano vi ha provveduto solo nei primi mesi del 2006⁸, per giunta in modo che si reputa parziale. A questo proposito ricordiamo, da un lato, il principio comunitario ormai consolidato secondo il quale le direttive non trasposte nell'ordinamento interno non sono opponibili ai loro destinatari. Osserviamo, dall'altro lato, che la pubblicazione è avvenu-

⁸ Dlgo n. 216 del 4 aprile 2006 n. 216. Attuazione delle direttive n. 2003/87 e n. 2004/101/Ce in materia di scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, con riferimento ai meccanismi di progetto del Protocollo di Kyoto, in *Guri* n. 140 del 19 giugno 2006, *suppl. ord.*

ta nel febbraio 2006, per l'assegnazione di quote relative all'anno 2005, ciò che rese e rende, per le imprese deficitarie di quote, assolutamente impraticabile le due ipotesi riprese *supra* descritte *sub i. e ii.*, con la conseguente palese illegittimità delle comminande sanzioni. Come si possono sanzionare, oggi, imprese per non aver rispettato quote d'emissione di CO₂ relative al periodo 2005 ma allocate nel 2006 e, quindi, non solo ignorate alle stesse imprese, ma addirittura sconosciute persino al legislatore nazionale all'epoca dei fatti?

1. *Il Piano Nazionale d'Assegnazione delle quote notificato alla Commissione europea il 15 luglio 2004*

In data 15 luglio 2004, in assenza di alcuna normativa interna di recepimento, lo Stato italiano aveva notificato alla Commissione europea un Piano nazionale di assegnazione, in cui venivano individuate:

1. la quantità totale di emissioni di CO₂ previste al 2010 per i settori regolati dalla direttiva, pari complessivamente a 258,1 Mt CO₂ (Tabella 2.1., p. 8);
2. la quantità totale delle quote (Mt CO₂) da assegnare per il periodo 2005-2007, pari a 239,96 per il 2005, a 240,57 per il 2006 e a 241,64 per il 2007;
3. la quantità delle quote da assegnare per il periodo 2005-2007 ai singoli settori individuati nella direttiva.

Senonché, il piano è stato considerato incompleto dalla Commissione, in quanto – contrariamente a quanto stabilito dall'Allegato III alla direttiva (punto 10) – lo stesso non includeva l'elenco degli impianti con i valori delle quote assegnate a ciascuno.

Ed infatti lo Stato italiano non aveva provveduto né al recepimento dell'art. 14 della direttiva e della decisione della Commissione europea C(2004)130 del 29 gennaio 2004 (con cui sono state istituite le «*linee guida per il monitoraggio e la comunicazione delle emissioni*»), né aveva provveduto ad acquisire le informazioni necessarie ai fini dell'assegnazione ai singoli impianti delle quote di emissione dei gas ad effetto serra.

Il successivo 24 febbraio 2005, lo Stato italiano ha inviato alla Commissione europea l'Integrazione al piano originale, ritenuto incompleto in sede comunitaria. Senonché, anche il nuovo PNA è stato considerato incompleto dalla Commissione europea, in quanto non contenente, nuovamente, l'elenco completo degli impianti e delle quote da assegnare agli stessi. In particolare, con la decisione C(2005)1527 del 25 maggio 2005, la Commissione ha evidenziato che «Per rendere il piano nazionale di assegnazione conforme al criterio n. 10 dell'allegato III della direttiva n. 2003/87/Ce, il piano deve essere modificato e deve indicare, nell'elenco degli impianti, le quantità di quote che l'Italia intende assegnare ai singoli impianti per la produzione di energia elettrica da gas residui di acciaieria (...). Il piano deve essere inoltre modificato al fine di non consentire agli impianti esistenti che devono aggiornare le ri-

spettive autorizzazioni di attingere alla riserva per i nuovi entranti per la parte dell'impianto modificato già esistente prima dell'aggiornamento dell'autorizzazione». Dunque, con la decisione in parola, l'approvazione del piano è stata subordinata all'inserimento delle modifiche sopra elencate, che riguardano le quote da assegnare ai singoli impianti.

Successivamente, con decreto ministeriale del 1° luglio 2005, pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* del 30 luglio 2005, sono state istituite le linee guida ed i criteri per il monitoraggio e la comunicazione delle emissioni di gas effetto serra, come prescritto nella decisione della Commissione C(2004)130, di pari contenuto.

Le informazioni oggetto delle comunicazioni di cui innanzi devono riferirsi alle emissioni di CO₂ dell'anno 2000, cui aggiungere il tasso di crescita prevedibile per il triennio 2005-2007. Le imprese hanno trasmesso tali dati, sulla base dei quali lo Stato italiano ha elaborato il "PNA consolidato". Del tutto inopinatamente l'Italia, anziché provvedere all'approvazione ed alla notifica del piano consolidato come prescritto nella direttiva e nella decisione della Commissione europea del 25 maggio 2005, ha predisposto uno «Schema di Decisione di assegnazione delle quote di CO₂ per il periodo 2005-2007 preparato ai sensi dell'art. 11, par. 1 della direttiva n. 2003/87/Ce». Pertanto, l'Italia, omettendo di concludere il procedimento di formazione del PNA di cui all'art. 9 della direttiva, ha avviato il diverso e distinto procedimento di assegnazione delle quote di cui all'art. 11, par. 1, della direttiva stessa, che tuttavia – come già ampiamente qui scritto – presuppone la definizione del primo. È evidente, infatti, che il PNA deve individuare e definire le quote da assegnare ai singoli comparti; con il provvedimento di cui all'art. 11 si assegnano poi le quote secondo le ripartizioni contenute nel piano.

III. Il mercato delle quote di CO₂

Il sistema qui delineato ha creato un nuovo mercato, quello della compravendita di quote di CO₂, di cui non si avvertiva affatto il bisogno. Il rapporto teleologico tra siffatto mercato e la protezione ambientale prevista dal protocollo di Kyoto sfugge ad una persona semplice e di buon senso. Temiamo sfugga anche ad una persona di grande cultura e ad un tecnico di provata preparazione, che siano in buona fede; è, invece, ben presente tanto al palazzo di vetro di New York, quanto al legislatore comunitario, il quale, tuttavia, si è sempre guardato di darne una spiegazione elementare ed univoca rifugiandosi dietro espressioni forti e parole vuote di senso pratico, camuffando la realtà, usando, a titolo qui d'esempio, il termine scambio, laddove meglio avrebbe fatto ad utilizzare il termine compravendita.

Comunque lo si voglia giudicare: ai primi di aprile 2005 – ricordiamo che

secondo la direttiva le quote vanno (*rectius*: andrebbero) restituite a fine aprile di ogni anno; nondimeno in diversi Stati membri, tra cui il nostro, delle necessarie proroghe sono intervenute – la quota era negoziata sui mercati a circa € 30 la tonnellata; a metà maggio, anche considerate le eccedenze di quote assegnate ad alcuni Paesi (l'Olanda da sola ne avrebbe avute 10 milioni di troppo, la Germania almeno 15, la Francia circa 20, per complessivi 70 milioni di tonnellate nell'UE⁹), nonché le proroghe intervenute in sede nazionale, il prezzo scendeva a meno di € 9.

Ebbene, già dal poco che precede, si può facilmente comprendere come si sia confrontati con una speculazione assoluta, tale da far impallidire anche quelle conosciute sul mercato del petrolio o su quello delle case. In altre decisive parole, si è scoperto all'improvviso che il sistema così ingegnosamente architettato era stato posto su fondamenta traballanti, ossia su una pessima rappresentazione dei reali bisogni di quote delle imprese destinatarie della direttiva, ferma restando la pessima ripartizione di cui è stata in parte vittima consenziente anche l'Italia, tali da pregiudicarne il funzionamento.

Invero, intanto il sistema potrà eventualmente funzionare, in quanto le quote si avvicinano, per difetto, ai reali bisogni delle imprese coperte dalla direttiva. Altrimenti: povero ambiente! E povere imprese, giacché se è vero che alcune di queste hanno ottenuto molto più del necessario, altre hanno ottenuto (molto) meno di quanto abbisognavano, a tal punto che le ultime devono ora comprare quote dalla prime, che ne dispongono spesso non tanto perché virtuose, bensì perché fortunate e/o furbe al momento della determinazione "reale" dei rispettivi fabbisogni e delle indicazioni sulle loro inverificabili previsioni di crescita. Sui sistemi di calcolo seguiti in Italia ed all'estero, nonché sul modo concreto di rilevamento, stendiamo un velo, per carità di patria e per evitare, anche su questo punto, inutili diatribe. Certo è che i calcoli di base su cui allocare le quote individuali, la cosa forse più semplice da fare, ma anche la più importante, erano significativamente errati.

Meno poveri – dell'ambiente e delle imprese – sono stati, invece, coloro che hanno sfruttato l'occasione per operare, nonostante le incertezze e la volatilità del mercato, come *trader* di quote: è il caso, tra i tanti, dell'inglese Barclays Capital, che ha annunciato di aver negoziato più di 100 milioni di tonnellate di quote al 30 aprile 2006. La banca mondiale avrebbe valutato a poco meno di € 1 miliardo le quote negoziate nel primo trimestre del 2006. Gli analisti specializzati nel settore – se dobbiamo continuare a prestare loro credito – hanno valutato il bisogno 2006 di negoziazione di quote in almeno 700 milioni di tonnellate. L'anidride carbonica è così diventata, grazie al tan-

⁹ Tuttavia, il Regno Unito, nonostante la generosa assegnazione, sarebbe nella necessità di comprare quote per circa 30 milioni di tonnellate; la Spagna per 9; mentre Italia per poco meno di 6, Irlanda ed Austria per 1,5 ciascuno.

to celebrato protocollo di Kyoto che è entrato in vigore lo scorso 16 febbraio 2005 ed alla sua implementazione comunitaria, una *commodity*, come l'acqua, il petrolio e l'elettricità!

In tal modo, ad alcune imprese e ad alcuni comparti industriali di alcuni Paesi dell'UE si stanno ingiustamente addossando costi supplementari, che ne minano la competitività, mentre ad altre imprese comunitarie, loro omologhe, si permettono di incamerare risorse da privati concorrenti. Per completezza ed a comune giovamento intellettuale osserviamo che la Commissione ha sempre difeso un *level playing field* sul mercato interno per le imprese tra loro concorrenti. Tutta la politica sugli aiuti di Stato ha sempre trovato proprio in questo la sua *ratio essendi*, la risposta più convincente alle critiche più severe. Sennonché, ciò mal si concilia con i risultati dell'azione comunitaria, conseguenza dell'istituito sistema di commercio di quote, idonea ad alterare gravemente la concorrenza tra imprese, con costi aggiuntivi per talune davvero insostenibili.

IV. Gli aiuti di Stato. Inesistenza

C'è chi potrebbe vedere in quanto precede anche un problema rilevante per gli aiuti di Stato, ai sensi degli artt. 87 e 88 CE; in questo senso parrebbe orientato anche il legislatore comunitario, che menziona gli aiuti di Stato al *considerando* 23¹⁰, introduttivo alla direttiva, al successivo art. 11, par. 3¹¹, nonché nell'Allegato III. In via incidentale, ricordiamo come, affinché si configuri un aiuto di Stato, sia necessario che le quattro condizioni del criterio «VIST» siano tutte cumulativamente riunite, ossia, l'intervento pubblico:

- i.* deve comportare un *vantaggio* per l'impresa beneficiaria;
- ii.* deve avere un'*incidenza* sul commercio infracomunitario, pregiudicando – fosse solo potenzialmente – la concorrenza;
- iii.* deve essere *selettivo*;
- iv.* deve contemplare il *trasferimento* di risorse pubbliche.

Mentre le prime tre condizioni parrebbero essere facilmente presenti nella maggior parte dei casi che ci occupano, la quarta fa manifestamente difetto in tutti, impedendo di qualificare il sistema come rilevante per la problematica degli aiuti di Stato.

¹⁰ «Lo scambio di quote di emissioni dovrebbe far parte di un pacchetto organico e coerente di politiche e di misure realizzate a livello di Stati membri e della Comunità. Salva l'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato, per le attività contemplate dal programma comunitario gli Stati membri dovrebbero considerare le implicazioni di politiche regolamentari, fiscali e di altre politiche che perseguano gli stessi risultati. In sede di revisione della presente direttiva si dovrebbe tener conto della misura in cui questi obiettivi sono stati realizzati».

¹¹ Art. 11, par. 3. «(...) Le decisioni adottate a norma dei par. 1 e 2 sono conformi alle disposizioni del Trattato, in particolare agli artt. 87 e 88. (...)».

È indubbio che l'allocazione impropria di quote, permette ad alcune imprese di arricchirsi vendendo le quote di troppo ad altre imprese penalizzate al momento dell'allocazione. Che vi sia quindi un vantaggio per alcune imprese parrebbe difficilmente contestabile. Tuttavia, è nostro fermo convincimento, anche alla stregua della consolidata giurisprudenza comunitaria, che in tanto si è confrontati con ipotesi di aiuti di Stato, in quanto vi siano risorse pubbliche in gioco, trasferite verso un'impresa privata, oppure lasciate nella disponibilità di una impresa privata, sebbene incamerabili dall'erario. In questo senso, dopo alcuni pronunciamenti della Commissione non del tutto coerenti, sembrano orientate tanto la Corte di giustizia¹², quanto la stessa Commissione¹³, che ha fatto tesoro dell'intervenuta giurisprudenza comunitaria.

Orbene, nel caso di specie le risorse sono e restano private, passando direttamente da privato a privato, dall'impresa costretta a comprare a quella desiderosa di vendere le quote di CO₂, ciò che le differenzia, per esempio, dalle (mancate) entrate fiscali per l'erario che possono costituire certamente aiuti di Stato, ricorrendo le altre condizioni previste dalla normativa comunitaria ed elaborate dalla giurisprudenza comunitaria. Nel nostro caso, inoltre, si dovrebbe, altresì, ammettere, per sostenere la tesi della presenza di aiuti di Stato, che lo Stato rinunzierebbe – cedendo le quote gratuitamente a tutti gli operatori – ad entrate di cui mai aveva in ogni caso beneficiato prima dell'istituzione del sistema *de quo*. Non si conoscono precedenti in questi termini.

L'analisi giuridica potrebbe mutare se e quando uno Stato membro dell'UE decidesse di far pagare una parte delle quote allocate¹⁴. In questi casi parrebbe evidente che un aiuto di Stato si configura nei confronti delle imprese che riceverebbero gratuitamente le quote, avvantaggiate rispetto alle altre che invece ne ricevono una parte in via onerosa. Nondimeno, ci chiediamo se non fosse proprio la volontà – ancorché confusa – del legislatore comunitario di eliminare quest'ulteriore aspetto di problematicità, ad averlo indotto a prevedere come almeno il 95% delle quote nel primo triennio, il 90% negli anni successivi debba essere allocato dagli Stati membri gratuitamente.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2001 in causa n. C-379/98, *Preussen Elektra*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2099 ss. e in questa *Rivista*, 2001, p. 457 con commento di L. RUBINI, *Le stranezze della giurisprudenza della Corte di giustizia tra importazioni parallele da Paesi terzi, esaurimento del marchio e norme della concorrenza (i casi Silhouette, Sebago e Javico)*, p. 67 ss.

¹³ Cfr. la decisione della Commissione nel caso N 550/2000, Belgio "*Certificats verts dans le secteur de l'électricité*".

¹⁴ Per arcane ragioni, la direttiva (art. 10) prevede la possibilità per uno Stato membro di allocare il 5% di quote nel primo triennio, per poi salire fino al 10%, dietro il versamento di un corrispettivo. Proprio in considerazione delle implicazioni che un tale comportamento rivelerebbe per la normativa relativa agli aiuti di stato, per tacere della manifesta diversità di trattamento, politicamente insostenibile, tra siti industriali ubicati in Paesi che allocano le quote gratuitamente ed altri siti ubicati in Paesi dove le quote sono cedute dallo Stato in modo oneroso, vi è ragionevole motivo di credere che le quote saranno tutte e sempre allocate alle imprese su base gratuita.

V. Conclusioni

È pacifico che tutti gli sforzi dovranno essere fatti per preservare il nostro pianeta, quindi anche i gas oggetto del protocollo di Kyoto dovranno assolutamente essere ridotti, quanto prima ed in modo quanto più significativo possibile.

Nondimeno, il sistema dello scambio delle quote, realizzato per la prima volta nel mondo dall'Unione europea, pare aver grossolanamente mancato sin qui gli obiettivi di protezione ambientale che si era prefisso, comportando, per giunta, esiziali conseguenze sull'industria comunitaria, trattata in modo diverso secondo i rispettivi Stati membri d'appartenenza. È difficilmente contestabile che alcuni comparti industriali comunitari hanno beneficiato di molte più quote dei loro omologhi italiani (cemento e siderurgia). È accettabile che i secondi siano costretti a comprare dai primi, di cui pure sono, spesso, concorrenti?

Inoltre, esprimiamo un radicale dissenso sulla filosofia che sottende il sistema, come cittadini ancor prima che come giuristi, poiché questo permette a chi concorre ad incrementare l'effetto serra di continuare a farlo, a condizione di poterne metabolizzare il prezzo, in termini di aggravamento dei costi. La capitalizzazione dell'aria e dell'ambiente non ci sembra un'idea così felice, sebbene concepita dalle Nazioni Unite nella splendida Manhattan e partorita nell'altrettanto incantevole Kyoto, da essere sposata a livello comunitario con la facilità ed il sostanziale pressappochismo che ha caratterizzato sin qui l'azione comunitaria, soggetta a tante, troppe e disparate, nei fini perseguiti, *lobbies*. Non resta che auspicare vivamente che si traggano le necessarie lezioni dalla freschissima esperienza di questi mesi e si crei un sistema davvero efficiente, che privilegi una riduzione delle emissioni effettiva e graduale nel tempo, ancorché rigorosa, impresa per impresa, partendo da ed investendo risorse in programmi calibrati e puntuali. In ogni caso, si auspica che l'Italia sappia meglio negoziare per il futuro le quote di sua spettanza, da allocare alle sue imprese, militando a suo favore molti dei dati raccolti nell'UE sulle emissioni 2005.

Gianluca Belotti
Francesco Paolo Bello

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA POLITICA COMUNITARIA DI QUALITÀ ALIMENTARE: ORIGINE ED EVOLUZIONE*

Sommario: **1.** *Introduzione: alle origini della politica di qualità* - **2.** *La normativa comunitaria relativa ai prodotti biologici* - **3.** *I sistemi comunitari di valorizzazione e tutela delle DOP, IGP e STG* - **a.** *Le DOP e IGP* - **b.** *Le STG* - **4.** *La recente riforma del sistema DOP/IGP* - **5.** *I risultati e l'impatto del sistema DOP/IGP* - **6.** *La qualità alimentare nella nuova PAC* - **7.** *Conclusioni.*

1. Introduzione: alle origini della politica di qualità

La politica comunitaria di promozione della qualità è un aspetto importante della nuova PAC sviluppatasi dall'inizio degli anni '90. Tale politica riformata abbandona, infatti, il modello produttivista della PAC iniziale, che incitava a produrre sempre più in modo intensivo, a favore di un modello qualitativo, maggiormente sensibile alle esigenze dei consumatori in tema di qualità alimentare, sicurezza, genuinità, origine e metodi di produzione specifici degli alimenti.

La politica di qualità trova la sua origine anzitutto nella necessità di creare nuovi sbocchi per una produzione eccedentaria. Nella «Comunicazione sull'Avvenire del mondo rurale» del luglio 1988, la Commissione aveva sottolineato l'esigenza di ridurre le eccedenze, privilegiando la qualità e la tipicità dei prodotti, favorendo nel contempo in certe zone svantaggiate (ad esempio di montagna) gli sforzi degli agricoltori per valorizzare i loro prodotti artigianali sempre più richiesti dai consumatori: di qui, un contributo importante allo sviluppo delle zone rurali ed un freno all'esodo delle popolazioni da tali aree.

* Relazione presentata al «Seminario sulla Politica della Qualità nel Settore Agroalimentare» svoltosi il 5 maggio 2006 presso il Collegio europeo di Parma.

La politica di qualità trova inoltre la sua origine nell'apertura completa del mercato interno, in seguito alla famosa sentenza *Cassis de Dijon* che affermando il principio del mutuo riconoscimento, ossia dell'equivalenza tra le varie legislazioni nazionali, ha aperto la strada alla libera circolazione dei prodotti, ma presentava il rischio di condurre ad una banalizzazione dei prodotti, ad un abbassamento qualitativo (ogni Stato può ridurre il livello qualitativo dei suoi prodotti, senza che gli altri Stati membri possano opporsi mediante il divieto d'importazione). Per evitare questo rischio di favorire i prodotti di qualità mediocre a scapito di quelli più pregiati e genuini, la politica di qualità costituisce un complemento indispensabile dell'azione di liberalizzazione degli scambi e del principio del mutuo riconoscimento.

Infine, nel nuovo contesto degli accordi GATT, cioè di liberalizzazione degli scambi internazionali, diventa ancora più necessario rendere maggiormente competitivi i prodotti europei, mediante la garanzia di un livello elevato di qualità, una migliore valorizzazione delle caratteristiche e tipicità dei prodotti alimentari europei.

Sotto la pressione congiunta di questi vari fattori, la Comunità ha avviato all'inizio degli anni '90, come parte integrante del vasto movimento di riforma della PAC in corso in questo periodo, una politica di qualità.

La Comunità europea ha gettato le basi di tale politica di qualità con tre regolamenti:

- i. regolamento n. 2092/91 sul metodo di produzione biologico¹;
- ii. regolamento n. 2081/92 destinato a proteggere le DOP e IGP²;
- iii. regolamento n. 2082/92 destinato a proteggere le STG³.

Va subito segnalato che questi due ultimi regolamenti sono stati sostituiti all'inizio dell'aprile 2006 rispettivamente dai regolamenti n. 510/2006⁴ e n. 509/2006⁵, riforma importante su cui mi soffermerò più avanti.

¹ Regolamento (Cee) n. 2092/91 del Consiglio, del 24 giugno 1991, 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 ss.

² Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1 ss.

³ Regolamento (Cee) n. 2082/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alle attestazioni di specificità dei prodotti agricoli ed alimentari, in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 9 ss.

⁴ Regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 e in questa *Rivista*, 2006, p. 99 con commento di F. CAPELLI, *Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari nel nuovo regolamento comunitario n. 510/2006 e nel decreto italiano 19 novembre 2004 n. 297 relativo alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme contenute nel regolamento pre-detto*, p. 115 ss.

⁵ Regolamento (Ce) n. 509/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alle specialità tradizionali garantite dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 1 ss.

Come vedremo, questa disciplina dei segni distintivi dei prodotti agro-alimentari è stata completata in questi ultimi anni da una serie di misure volte a promuovere la qualità sia nell'ambito del primo pilastro (politica di mercato) che del secondo pilastro (sviluppo rurale) della PAC: è questo un chiaro esempio della profonda metamorfosi di tale politica comune.

2. La normativa comunitaria relativa ai prodotti biologici

Il regolamento n. 2092/91 riguarda i prodotti c.d. «biologici», cioè prodotti alimentari che si distinguono dagli altri appartenenti alla stessa categoria, grazie a caratteristiche collegate non già alla loro origine ma a metodi di produzione specifici. Tale regolamento ha voluto creare una disciplina armonizzata di produzione, etichettatura e controllo dei prodotti biologici allo scopo di rafforzare la fiducia dei consumatori sempre più preoccupati dei rischi rappresentati per l'equilibrio ambientale e la salute degli animali, dall'uso intensivo di concimi chimici, erbicidi, fitofarmaci di sintesi oppure dalla concentrazione degli allevamenti in aziende di tipo industriale.

Il regolamento n. 2092/91 precisa le esigenze da soddisfare affinché derivate alimentari e prodotti agricoli possano essere definiti «biologici». A tal fine, il regolamento tratta quattro aspetti.

i. regole comuni per la *produzione* di prodotti agricoli e per la *preparazione* di alimenti. Per la produzione vegetale, tali regole mirano in particolare a limitare fortemente l'uso di fertilizzanti ed antiparassitari chimici e, per la produzione animale, a precisare i tipi di alimentazione ed i trattamenti sanitari autorizzati nonché a prevedere misure a favore della salute e del benessere degli animali.

ii. esigenze di *etichettatura* per i prodotti «biologici» in modo da offrire al consumatore il massimo di garanzie su origine, preparazione, trasformazione e condizionamento dei prodotti in questione.

iii. esigenze in materia di *controlli* che sono previsti in tutte le fasi dalla produzione fino alla vendita al consumatore: tutti gli operatori debbono essere sottoposti ad un sistema di controlli periodici riconosciuti ufficialmente e soggetti a sorveglianza da parte degli Stati membri.

iv. un sistema di equivalenza per le importazioni dai Paesi terzi e l'esigenza di un'adeguata certificazione per i prodotti importati.

Infine, va notato che, contrariamente alla disciplina sulle DOP/IGP e STG, il regolamento n. 2092/91/Cee non prevede nessuna tutela e nessuna registrazione a livello comunitario, limitandosi a definire metodi di produzione, nonché regole d'etichettatura e di controllo da rispettare per poter utilizzare la menzione «prodotto biologico».

3. I sistemi comunitari di valorizzazione e tutela delle DOP, IGP e STG

I regolamenti n. 2081/92 e n. 2082/92 del Consiglio hanno istituito dei sistemi esclusivi e completi destinati a rafforzare il valore e la protezione di denominazioni di prodotti agro-alimentari specifici. Tale specificità è funzione sia della loro origine geografica (DOP e IGP) sia di metodi tradizionali di produzione (STG).

I sistemi istituiti dai regolamenti in questione perseguono tre obiettivi :

- i.* favorire la *diversificazione* della produzione agricola, incitando i produttori a commercializzare prodotti con forte valore aggiunto;
- ii.* offrire alle denominazioni registrate una *protezione giuridica* omogenea a livello europeo contro qualsiasi usurpazione, evocazione o imitazione, evitando nel contempo che la denominazione registrata diventi generica;
- iii.* offrire al consumatore un'*informazione* chiara e garantita sull'origine, la natura o il modo di produzione o di fabbricazione del prodotto.

Va peraltro osservato che il legislatore comunitario non ha dato nei regolamenti citati una definizione della «qualità» dei prodotti agro-alimentari. Durante i negoziati in seno al Consiglio che hanno preceduto l'adozione del regolamento n. 2081/92 è stata abbandonata la proposta avanzata dalla Commissione di subordinare il beneficio della DOP o IGP alla «qualità superiore» dei prodotti in questione. Date le divergenze troppo importanti tra gli Stati membri sulla definizione del termine «qualità», si è rivelato impossibile raggiungere un compromesso realista e si è quindi preferito basare il concetto delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche non già su una qualità «elevata», ma sul criterio della distinzione dei singoli prodotti per le loro caratteristiche intrinseche. Non vi è quindi una qualità definita in modo univoco dalla normativa comunitaria, ma tante qualità che traducono l'estrema diversità delle culture e delle tradizioni nella Comunità europea. Spetterà agli operatori interessati definire la qualità dei prodotti di cui si vuole tutelare la denominazione e dimostrare il rispetto dello *standard* qualitativo in questione.

a. Le DOP e IGP

Com'è noto, un prodotto la cui denominazione geografica acquista una certa reputazione può trovarsi in concorrenza sul mercato con prodotti di imitazione che usurpano o evocano la denominazione in questione per beneficiare indebitamente della sua reputazione. Per evitare tale rischio, il regolamento n. 2081/92 ha instaurato un sistema comunitario esclusivo di registrazione che offre ai produttori interessati la possibilità di proteggere a livello europeo il nome geografico di un prodotto: la protezione consiste nel *riservare* l'uso esclusivo del nome a favore dei soli produttori o trasformatori che svolgono la loro attività nella regione o nel luogo designato dal nome tutelato e che rispettano le con-

dizioni di produzione stabilite nel disciplinare, vietando agli altri operatori l'uso della denominazione protetta (art. 13 del regolamento n. 2081/92). Si tratta dunque di un diritto di proprietà industriale che consente soltanto ai produttori o trasformatori della zona in questione di fare figurare sull'etichetta o nella pubblicità del prodotto il nome registrato, accompagnato o meno dalla menzione DOP o IGP e/o dal simbolo (o logo) comunitario corrispondente.

L'esclusività del diritto fornisce così ai produttori un mezzo efficace per distinguersi dai concorrenti sul mercato e nel contempo per informare correttamente il consumatore. Inoltre, una tutela giuridica di notevole efficacia delle DOP/IGP è prevista nei confronti dei marchi commerciali contenenti elementi geografici (art. 14).

Il requisito fondamentale richiesto per ottenere la registrazione comunitaria è l'esistenza di un *legame stretto* tra il prodotto e una zona geografica delimitata: tale legame può essere dovuto al clima particolare della zona, alla vegetazione specifica esistente, alla razza animale esclusivamente locale che vive in tale zona, a sistemi di fabbricazione locali ecc. Tale legame distingue nettamente le DOP/IGP dalle indicazioni di provenienza che sono invece destinate unicamente ad informare il consumatore che il prodotto proviene da uno certo luogo e che quindi non possono riservare l'uso del nome.

Le due categorie di nomi protetti sono definite all'art. 2, par. 2, del regolamento n. 2081/92 nel modo seguente:

«a. "denominazione d'origine": il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare:

- originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese, e
- la cui qualità o le cui caratteristiche siano dovute essenzialmente o esclusivamente all'ambiente geografico comprensivo dei fattori naturali ed umani e la cui produzione, trasformazione ed elaborazione avvengono nell'area geografica delimitata;

b. "indicazione geografica": il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare:

- originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e
- di cui una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica possa essere attribuita all'origine geografica e la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengono nell'area geografica determinata».

Ciò significa che nelle due ipotesi occorre provare l'esistenza di un nesso tra i prodotti per i quali si chiede la protezione del nome geografico ed il loro luogo d'origine: tale legame è molto stretto nel caso delle DOP, mentre è meno intenso per le IGP.

Un aspetto fondamentale della disciplina delle DOP ed IGP è costituito dal *regime di controllo* previsto dall'art. 10 del regolamento n. 2081/92. È infatti

evidente che controlli insufficienti o inefficaci sull'impiego delle menzioni protette rischiano di far perdere credibilità al sistema comunitario delle DOP/IGP.

Se la responsabilità dei controlli ricade sugli Stati membri, l'attività di vigilanza deve essere esercitata da una struttura che può consistere o direttamente in un'autorità pubblica o in un organismo privato autorizzato a tal fine dalla pubblica amministrazione. In entrambi i casi, l'organo che effettua i controlli deve fornire garanzie sufficienti di obiettività ed imparzialità nei confronti di ogni operatore soggetto al controllo e disporre delle strutture necessarie per assicurare che i prodotti muniti di una denominazione o indicazione protetta rispondano ai requisiti fissati dai rispettivi disciplinari di produzione.

b. Le STG

Il regolamento n. 2082/92 relativo alle STG tende a valorizzare prodotti che si differenziano rispetto ad altri per un metodo di produzione specifico e tradizionale e *non* per un legame con un'area geografica determinata. Quindi, contrariamente alle DOP e IGP, i nomi registrati nell'albo delle «STG» *non* sono riservati ai produttori di una determinata zona, ma possono essere utilizzati da qualsiasi produttore che rispetti il disciplinare di produzione, senza tener conto del luogo in cui svolge la sua attività.

Il sistema di attestazione istituito dal regolamento n. 2082/92 riguarda i prodotti che utilizzano materie prime tradizionali, che abbiano una composizione tradizionale o siano ottenuti secondo metodi di produzione o di trasformazione di tipo tradizionale.

Per quanto riguarda invece la *tutela giuridica* accordata dal regolamento n. 2082/92, essa è ben diversa da quella stabilita dal regolamento n. 2081/92. In effetti, non sembra che tale tutela conferisca un diritto di proprietà industriale, cioè un diritto esclusivo, in quanto il nome registrato può essere utilizzato da chiunque rispetti il relativo disciplinare indipendentemente da qualsiasi legame con una determinata zona geografica.

Due tipi di tutela sono previsti dall'art. 13 dal regolamento n. 2082/92:

i. una tutela "assoluta" (art. 13, par. 2), per cui il nome registrato, anche non accompagnato dalla menzione STG e dal simbolo comunitario, è *riservato* al prodotto conforme al disciplinare di produzione, se è stata fatta richiesta in tal senso nella domanda e se il nome non è già utilizzato in modo legale, notorio ed economicamente significativo per prodotti analoghi;

ii. una tutela "parziale" (art. 13, par. 1), secondo cui il nome non è registrato da solo, ma associato alla menzione STG ed eventualmente al simbolo comunitario. In altri termini, il nome registrato può essere sempre utilizzato, pur non rispettando il disciplinare.

4. La recente riforma del sistema DOP/IGP

Com'è noto, dopo quattordici anni di applicazione il regolamento n. 2081/92 è stato abrogato. Alla fine del marzo 2006, il Consiglio Agricoltura ha adottato i due regolamenti n. 509/2006 e n. 510/2006 che hanno sostituito rispettivamente i regolamenti n. 2082/92 e n. 2081/92. I nuovi testi – che non alterano l'impianto generale dei regolamenti del 1992 e ne riprendono le disposizioni fondamentali – introducono tuttavia importanti modifiche su alcuni punti ben precisi.

Le ragioni che hanno indotto l'UE ad effettuare questa revisione del sistema sono due:

1. necessità di rendere la normativa CE compatibile con gli accordi internazionali TRIPS e GATT;

2. necessità di snellire e rendere più trasparente la procedura di registrazione e nel contempo chiarire le responsabilità rispettive, la ripartizione di competenze tra le autorità nazionali e la Commissione in materia di esame delle domande di registrazione, assicurando una migliore tutela dei diritti di tutti gli interessati.

Sul primo aspetto, va ricordato che nell'aprile 2005, in seguito ai ricorsi presentati dagli USA e dall'Australia, il *panel* del WTO, pur riconoscendo che il sistema comunitario delle DOP/IGP è conforme alle regole del WTO e che quindi le DOP/IGP possono coesistere con i marchi commerciali esistenti, ha ritenuto che taluni elementi del sistema CE sono in contrasto con gli accordi internazionali per quanto riguarda, da un lato, le condizioni di reciprocità e di equivalenza poste dalla normativa CE alla registrazione di IG di Paesi terzi e, dall'altro, l'obbligo di trasmettere alle autorità dei Paesi terzi le domande di registrazione nella CE. La Comunità ha quindi modificato su questi due punti la normativa in questione. Va tuttavia segnalato che, per poter essere registrate nella CE, le indicazioni geografiche dei prodotti dei Paesi terzi devono essere già protette nei rispettivi Paesi d'origine.

Quanto al secondo aspetto, si è voluto definire meglio le *informazioni chiave* che devono fare oggetto della pubblicazione prima della registrazione. Il nuovo testo prevede una presentazione sintetica e standardizzata di questi elementi chiave (nome, descrizione del prodotto, etichettatura, delimitazione della zona, prova del legame tra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica) in un "documento unico" che ha la funzione di rendere uniformi i contenuti delle domande di registrazione, in modo da consentire un trattamento paritario e più rapido delle domande da parte delle autorità competenti. Ciò permetterà di evitare gli inconvenienti derivanti dalla presentazione alla Commissione di una documentazione a volte molto voluminosa e confusa che ritarda notevolmente l'esame della domanda.

Inoltre, il regolamento n. 510/2006 precisa meglio la ripartizione delle

competenze tra Stati membri e Commissione definendo chiaramente le varie fasi (nazionali e comunitarie) del procedimento d'istruttoria e di registrazione della domanda.

Nell'ambito di una procedura formale, lo Stato membro è tenuto ad assicurare che ogni domanda soddisfi le condizioni previste dalla normativa CE. L'esame ulteriore da parte della Commissione non dispensa quindi lo Stato membro dall'assumere tutte le sue responsabilità, ivi compresa l'organizzazione nel corso dell'istruttoria della domanda, di una *procedura nazionale d'opposizione*: pubblicazione adeguata della domanda e fissazione di un periodo ragionevole in cui ogni interessato stabilito o residente nel territorio nazionale può esercitare il diritto di opposizione alla domanda di registrazione. È questa una delle principali novità introdotte dal nuovo regolamento. Qualora i requisiti della normativa CE siano ritenuti soddisfatti, lo Stato membro conclude la fase d'istruttoria adottando, in sede amministrativa, una decisione favorevole, che deve essere resa pubblica, e trasmette alla Commissione la documentazione relativa alla domanda. Tra le indicazioni da fornire, vi è anche il riferimento al fatto che il disciplinare è stato reso pubblico per via elettronica.

In caso contrario, lo Stato membro adotta una decisione negativa che respinge la domanda di registrazione. Va infine segnalato che la decisione, positiva o negativa, può essere impugnata in sede giurisdizionale da ogni persona avente un interesse legittimo.

Anche in caso di richiesta di modifica di un disciplinare di produzione, la procedura è stata notevolmente snellita e semplificata. In particolare, in caso di modifica che non comporta un adattamento del documento unico, lo Stato membro si pronuncia sull'approvazione della modifica e, in caso positivo, pubblica il disciplinare emendato, informandone la Commissione.

Infine, in materia di *controlli*, il testo adottato dal Consiglio è molto più semplice di quello inizialmente proposto dalla Commissione e che aveva sollevato varie critiche e perplessità da parte italiana.

Il nuovo testo prevede che i controlli del rispetto delle previsioni dei disciplinari devono essere effettuati o dalle autorità competenti appositamente incaricate o da organismi di controllo designati come organismi di certificazione dei prodotti (art. 11). Tali organismi certificatori devono rispettare le norme EN 45011 o la guida ISO/CE/65 e, a partire dal 1° maggio 2010, dovranno essere accreditati. L'accreditamento, che aumenterà l'affidabilità degli organismi di controllo e la credibilità dei controlli stessi, è la procedura con cui un ente accreditatore riconosce formalmente che un organismo di controllo è competente a svolgere tale compito. L'accreditamento, il cui costo è piuttosto elevato, risponde a criteri severi e ben definiti a livello internazionale. Va ricordato che attualmente gli organismi di controllo devono solo dimostrare di essere in possesso dei requisiti d'indipendenza previsti dalla norma europea EN 4511. Con una sola eccezione, le strutture di controllo in Italia non

sono attualmente accreditate e lavorano sulla base di una semplice autorizzazione ministeriale che garantisce la conformità alla norma.

Quanto all'*esecuzione* dei controlli, il regolamento n. 510/2006 precisa che tutti i prodotti che rientrano nel suo campo d'applicazione (non solo i prodotti alimentari, ma anche altri prodotti come i fiori, la lana, il lino stigliato) dovranno essere sottoposti tanto ai controlli previsti da tale regolamento per accertare la conformità dei prodotti DOP/IGP ai rispettivi disciplinari quanto al sistema dei controlli relativi all'igiene ed alla sicurezza alimentare disciplinato dal regolamento n. 882/2004 relativo ai controlli ufficiali sui prodotti alimentari e sui mangimi⁶, controlli che riguardano tutta la catena alimentare.

È quindi detto in modo esplicito che i prodotti DOP/IGP devono essere controllati anche dal punto di vista igienico-sanitario, in quanto la qualità dei prodotti tutelati è anche e, direi in primo luogo, qualità sanitaria. Ciò non potrà che avvantaggiare i prodotti DOP/IGP, rafforzandone l'immagine sui mercati europei ed extra-europei anche sotto il profilo salutistico.

D'altra parte, va precisato che ciò non vuol dire che non sia più possibile alcuna deroga sanitaria per i prodotti tradizionali e di qualità. Il regolamento n. 852/2004 sull'igiene dei prodotti alimentari⁷, ai quali si applica il sistema di controlli previsto dal regolamento n. 882/2004, fa espresso riferimento alla possibilità di introdurre *deroghe* in materia di igiene quando si tratta di garantire la continuità dei metodi tradizionali impiegati per la produzione, la trasformazione e la distribuzione di prodotti con caratteristiche qualitative particolari, tra i quali rientrano chiaramente i prodotti muniti di DOP o IGP.

Quanto al regolamento n. 509/2006 sulle STG, esso è stato modificato sulla falsa riga del regolamento DOP/IGP. Va tuttavia segnalato che si è voluto precisare che s'intende per «tradizionale» un uso sul mercato comunitario attestato da un periodo di tempo di almeno venticinque anni (una generazione), colmando così una lacuna del vecchio regolamento.

5 I risultati e l'impatto del sistema DOP/IGP

Il sistema DOP/IGP ha avuto un notevole successo: dal luglio 1993 (entrata in vigore del regolamento n. 2081/92) ad oggi sono state registrate 710

⁶ Regolamento (Ce) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali, in *Gu-Ue* n. 165 del 30 marzo 2004, p. 1 ss.; v. la rettifica in *Gu-Ue* n. L 191 del 28 maggio 2004, p. 1 ss. Sulle problematiche relative alla disciplina del settore alimentare in vigore dal 1° gennaio 2006 cfr. F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁷ Regolamento (Ce) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 139 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.; v. la rettifica in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 3 ss.

DOP/IGP, di cui 156 (circa il 22%) riguardano prodotti italiani, 147 prodotti francesi, 93 prodotti portoghesi. Più di 300 domande di registrazione sono attualmente all'esame della Commissione.

Tra le DOP/IGP italiane, troviamo 45 ortofrutticoli e cereali, 39 oli d'oliva, 31 formaggi e 27 salumi. Il fatturato alla produzione dei prodotti DOP/IGP rappresenta l'11,3% del fatturato complessivo dei vari comparti. L'Emilia Romagna rappresenta la prima regione italiana per produzione di DOP/IGP. Con 26 denominazioni (di cui alcune non esclusive della Regione), tale regione raggiunge il 43% del valore complessivo delle DOP/IGP italiane.

Il primato italiano non può tuttavia nascondere una realtà economica non troppo brillante, caratterizzata da una miriade di piccole denominazioni di prodotti di nicchia che non riescono a crescere.

I primi quattro prodotti in ordine di fatturato (Parmigiano Reggiano, Grana Padano, Prosciutto di Parma e di San Daniele) rappresentano più di due terzi del fatturato complessivo. Per la stragrande maggioranza delle DOP/IGP, la quantità di prodotto che arriva sul mercato è irrisoria. L'effetto "strutturante" del sistema DOP/IGP non ha permesso in molti casi di rimediare alla frammentazione ed alla scarsa coesione del tessuto produttivo. Per generare sviluppo economico e produttivo, alle spalle delle DOP/IGP deve infatti esserci una filiera ed un sistema d'impresе organizzato e competitivo. In altri termini, il nodo centrale è quello organizzativo.

Quanto alle STG, esse sono appena una quindicina in tutta l'Unione (per l'Italia, c'è solo la mozzarella). Lo scarso interesse risiede soprattutto nel fatto che, una volta registrato, il nome può essere utilizzato da chiunque rispetti il disciplinare corrispondente, qualunque sia il luogo della sua residenza o il luogo di produzione. Ciò può scoraggiare coloro che possedendo la "ricetta" del prodotto preferiscono conservarne il segreto, piuttosto che metterla a disposizione di eventuali concorrenti.

6. La qualità alimentare nella nuova PAC

La politica comunitaria della qualità non si limita alla sola disciplina delle denominazioni geografiche e dei metodi di produzione specifici, ma ha permeato progressivamente i vari aspetti della PAC. In questi ultimi anni, l'azione comunitaria a favore della qualità alimentare si è infatti notevolmente ampliata ed ha ricevuto un nuovo, forte impulso grazie alle successive riforme della PAC del 1999 (Agenda 2000) e soprattutto del 2003-2004.

La riforma del 1999 ha voluto, tra l'altro, migliorare la competitività dell'agricoltura europea, sia all'interno che all'esterno dell'Unione, non solo mediante la riduzione dei prezzi garantiti, ma anche puntando sulla sicurezza e la qualità degli alimenti. Più in generale, tale riforma, mettendo l'accento su

una politica globale e coerente di sviluppo rurale, diventata il secondo pilastro della PAC, si è proposta di dare un contenuto concreto al *modello agricolo europeo* caratterizzato, come ha precisato il Consiglio europeo del dicembre 1997, da «una agricoltura multifunzionale, sostenibile, competitiva, ripartita su tutto il territorio europeo. Un'agricoltura, che oltre a preservare il paesaggio e lo spazio naturale nonché a fornire un contributo essenziale alla vitalità del mondo rurale, deve rispondere alle preoccupazioni ed aspettative dei consumatori in materia di qualità e sicurezza degli alimenti, di tutela dell'ambiente e del benessere animale».

Nell'ambito di questo nuovo orientamento della PAC, la Comunità ha previsto per la prima volta, con il regolamento "orizzontale" n. 1257/99 sullo sviluppo rurale⁸, un sostegno finanziario diretto a favore del miglioramento della qualità dei prodotti nell'ambito di varie misure di sviluppo rurale, quali gli aiuti agli investimenti aziendali (art. 4), gli aiuti destinati all'industria agro-alimentare (art. 25) e quelli volti, più in generale, ad incoraggiare «l'adattamento e lo sviluppo delle zone rurali» (art. 33). Va osservato che quasi tutte le regioni italiane hanno inserito nei loro programmi di sviluppo rurale incentivi a favore della commercializzazione di prodotti di qualità.

Tuttavia questo sostegno a favore della qualità è ancora compreso nell'ambito di azioni molto più generali non destinate ad incentivare specificamente il miglioramento della qualità alimentare. Un passo decisivo verso il riconoscimento della posizione centrale del tema della qualità alimentare nella PAC riformata, è stato compiuto con la riforma del 2003 (Mid-Term Review) che con il regolamento n. 1783/2003 ha introdotto nel citato regolamento del 1999 sullo sviluppo rurale, un nuovo capitolo sulla qualità alimentare (art. 24 bis e 24 quinquies)⁹. Si tratta di misure specifiche volte in primo luogo ad incoraggiare gli agricoltori che partecipano a sistemi di qualità comunitari e nazionali, rispondenti ad esigenze di produzione specifiche e che forniscono ai consumatori garanzie adeguate in materia. Per quanto riguarda i regimi di qualità riconosciuti dall'UE, sono incentivati quelli relativi alle DOP/IGP, STG, all'agricoltura biologica nonché ai «vini di qualità prodotti in regioni determinate» (VQPRD). Quanto ai regimi riconosciuti dagli Stati membri, va rilevato che essi hanno una sfera di applicazione più vasta e riguardano alimenti che presentano caratteristiche specifiche o una qualità ben superiore alle norme commerciali correnti, caratteristiche che devono essere control-

⁸ Regolamento (Ce) n. 1257/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) e che modifica ed abroga taluni regolamenti, in *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999, p. 80; v. le rettifiche in *Guce* n. L 302 dell'1 dicembre 2000, p. 72 e in *Guce* n. L 63 del 3 marzo 2001, p. 67.

⁹ Regolamento (Ce) n. 1783/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, che modifica il regolamento (Ce) n. 1257/1999 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG), in *Gu-Ue* n. L 270 del 21 ottobre 2003, p. 70; v. la rettifica in *Gu-Ue* n. L 94 del 31 marzo 2004, p. 71.

late da un organismo ispettivo indipendente. Inoltre, tali regimi devono essere aperti a tutti i produttori ed assicurare la tracciabilità completa dei prodotti.

Il sostegno previsto dal regolamento non può superare un importo di € 3.000 annui per azienda e ha una durata massima di cinque anni. L'aiuto è destinato a coprire i costi fissi risultanti dalla partecipazione ai sistemi di qualità. I costi fissi includono le spese sostenute per entrare a far parte di un sistema di qualità e la quota annua di partecipazione, comprese le spese di controllo relative all'osservanza dei disciplinari di produzione.

Inoltre, un incentivo è previsto a favore delle *associazioni di produttori* che realizzano programmi di informazione, di promozione e di pubblicità destinati ai consumatori, programmi riguardanti i prodotti oggetto dei sistemi di qualità comunitari o nazionali.

Vanno anche menzionati gli incentivi degressivi e temporanei previsti nel nuovo capitolo «Rispetto delle norme» (artt. da 21 bis a 21 quinquies) e che mirano ad aiutare gli agricoltori ad adattarsi alle norme rigorose basate sulla legislazione CE ma non ancora applicate a livello nazionale, in materia di ambiente, di sicurezza alimentare e di salute e benessere degli animali. L'obiettivo di tali misure è quello d'incoraggiare un'applicazione più rapida di tali norme comunitarie vincolanti.

L'importanza del tema della qualità alimentare nell'ambito della politica di sviluppo rurale è stata poi riaffermata con forza dalla recente normativa per il sostegno allo sviluppo rurale nel prossimo periodo di programmazione finanziaria 2007/2013. Si tratta del regolamento n. 1698/2005 del 20 settembre 2005, che prevede quattro obiettivi o assi prioritari, di cui il primo riguarda il *miglioramento della competitività* del settore agricolo e forestale¹⁰.

Tale asse cui è garantito un importo minimo del 10% del contributo totale del Fondo (le risorse totali ammontano a 69,2 miliardi di euro per il periodo 2007/2013) comprende tutta una serie di misure mirate, da un lato, al miglioramento del potenziale umano e fisico ed all'innovazione nel settore agro-alimentare e, dall'altro, al miglioramento della qualità alimentare (sostegno agli agricoltori per adattare i prodotti ai nuovi *standard* qualitativi imposti dalle norme CE, sostegno a coloro che partecipano ai sistemi di qualità alimentare, incentivi alle attività di informazione e promozione svolte dalle associazioni di produttori).

Con la recente decisione del 20 febbraio 2006 il Consiglio ha poi adottato gli «Orientamenti Strategici Comunitari per lo Sviluppo Rurale» nel periodo 2007/2013¹¹. Tali orientamenti definiscono un approccio strategico ed una serie

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 1698/2005 del Consiglio, del 20 settembre 2005, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), in *Gu-Ue* n. L 277 del 21 ottobre 2005, p. 1 ss.

¹¹ Decisione del Consiglio n. 2006/144, del 20 febbraio 2006, relativa agli orientamenti strategici comunitari per lo sviluppo rurale (periodo di programmazione 2007-2013), in *Gu-Ue* n. L 55 del 25 febbraio 2006, p. 20 ss.

di priorità di cui gli Stati membri potranno avvalersi per elaborare le loro strategie nazionali e per i loro programmi nazionali o regionali di sviluppo rurale.

È interessante notare che, per quanto riguarda l'Asse I, l'*orientamento strategico comunitario*, partendo dalla premessa che il settore agro-alimentare europeo ha un forte potenziale di ulteriore sviluppo di prodotti di alta qualità e di elevato valore aggiunto, rispondenti alla domanda crescente nonché diversificata dei consumatori europei e dei mercati mondiali, raccomanda in particolare che le risorse destinate all'asse I contribuiscano a creare un settore agro-alimentare forte e dinamico, incentrato sulle priorità del trasferimento delle conoscenze, della modernizzazione, dell'innovazione e della qualità nella catena alimentare.

Per concretizzare tali priorità, la decisione del Consiglio incoraggia gli Stati membri a sostenere nei loro programmi una serie di azioni-chiave volte, tra l'altro, a:

- *migliorare l'integrazione dell'economia rurale* nella catena agro-alimentare (partecipazione a sistemi di qualità, miglioramento dell'immagine dei prodotti europei all'estero, ricorso ai servizi di consulenza e assistenza per rispettare i requisiti comunitari);

- *agevolare l'innovazione e l'accesso alla ricerca e sviluppo*. Rispetto alle grandi aziende che spesso sono all'avanguardia in fatto di nuove tendenze, l'introduzione di nuovi prodotti e procedimenti potrebbe contribuire notevolmente a migliorare i risultati di aziende agricole e di industrie di trasformazione più piccole.

La piena integrazione della qualità degli alimenti nella PAC emerge chiaramente anche se si esamina il c.d. «primo pilastro» di tale politica, cioè la politica dei mercati. Com'è noto, la riforma del 2003 ha subordinato l'erogazione del pagamento unico aziendale, ormai "disaccoppiato" dal volume di produzione, al rispetto di vari criteri, come la tutela dell'ambiente, la sicurezza alimentare, il benessere e la salute animale, le buone pratiche agronomiche ed ambientali. Viene così affermato il principio della *condizionalità* (o *cross-compliance*) in virtù del quale è stabilito un nuovo tipo di contratto tra l'agricoltore ed il contribuente, creando un legame tra l'aiuto forfetario ricevuto ed i servizi che l'agricoltore deve rendere alla società in termini di ambiente, di sicurezza alimentare, di conservazione del patrimonio rurale, di benessere animale.

In particolare, per poter beneficiare dei pagamenti diretti, gli agricoltori devono rispettare una serie di prescrizioni in materia di *igiene alimentare* previste nell'ambito del regolamento n. 178/2002 che stabilisce i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare¹² e più precisamente le esigenze stabilite

¹² Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 dell'1 febbraio 2002, p. 1 ss.

dai regolamenti n. 852/2004¹³, n. 853/2004¹⁴ e n. 183/2005¹⁵ (vedi, ad esempio, i requisiti igienici per la produzione ed il trattamento del latte).

Va infine menzionata la riforma nel 2004 dell'OCM dell'*olio d'oliva*, che ha esteso a tale settore gli elementi fondamentali della PAC riformata l'anno precedente: inclusione del settore nel sistema di pagamento unico "disaccoppiato", condizionalità ecc. La riforma prevede in particolare che una parte della dotazione nazionale (10% al massimo) possa essere utilizzata per finanziare iniziative delle associazioni di produttori a favore del miglioramento della qualità, della promozione di sistemi di tracciabilità della produzione, della riconversione varietale degli oliveti.

7. Conclusioni

Da quanto esposto emerge con chiarezza che la politica di qualità si è andata in quest'ultimo decennio sempre più affermando come un elemento essenziale della nuova PAC, che tende a promuovere un'agricoltura multifunzionale, competitiva, diffusa su tutto il territorio dell'Unione e che è sempre più attenta alle aspettative del consumatore.

Come si è visto, tale politica di qualità dispone di due strumenti principali: da un lato, un sistema delle DOP/IGP rinnovato, reso più snello, trasparente ed affidabile; dall'altro, una strategia dello sviluppo rurale che punta, seguendo una logica di filiera, su un settore agro-alimentare dinamico, innovativo e che assicuri un livello elevato di qualità e sicurezza alimentare.

È evidente che la promozione di tale livello elevato di qualità e dell'immagine di prodotti europei costituisce uno strumento particolarmente efficace per affrontare con successo la concorrenza in un mercato mondiale sempre più liberalizzato e nel quale, tra pochi anni, non saranno più ammesse sovvenzioni all'esportazione.

Fabio Gencarelli

¹³ *Cit. supra*, nota 7.

¹⁴ Regolamento (Ce) n. 853/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale, in *Gu-Ue* n. L 139 del 30 aprile 2004, p. 55; v. la rettifica in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 22 ss.

¹⁵ Regolamento (Ce) n. 183/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 gennaio 2005, che stabilisce requisiti per l'igiene dei mangimi, in *Gu-Ue* n. L 35 dell'8 febbraio 2005, p. 1 ss.

LA DIRETTIVA CE N. 2005/56 SULLE FUSIONI SOCIETARIE TRANSFRONTALIERE E GLI EFFETTI GIURIDICI CHE ESSA È IN GRADO DI PRODURRE*

Sommario: I. Premesse - La sentenza Reyners della Corte di giustizia - II. Gli effetti giuridici prodotti dalla sentenza Reyners e la direttiva Ce n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere.

I. Premesse - La sentenza *Reyners* della Corte di giustizia

Come molti ricorderanno, oltre trent'anni fa, nel 1973, un certo signor *Reyners*, cittadino olandese, che aveva frequentato l'Università e superato gli esami d'avvocato in Belgio, voleva iscriversi nell'albo degli avvocati di Bruxelles.

Interveniva puntuale il rifiuto da parte dell'Ordine degli avvocati di Bruxelles, perché il signor *Reyners* non aveva la cittadinanza belga ma olandese e la legge belga (come pure la legge italiana e tutte le altre leggi europee in materia di professioni) richiedeva allora la cittadinanza del Paese dove l'iscrizione doveva avvenire. Il signor *Reyners* introdusse quindi un ricorso davanti al Tribunale di Bruxelles, con richiesta di rinvio pregiudiziale degli atti di causa alla Corte di giustizia di Lussemburgo.

La difesa del Governo belga, e di tutti i Governi europei intervenuti in causa, è stata fondata, come è noto, su un solo argomento: senza una specifica direttiva comunitaria di armonizzazione non era possibile sopprimere il requisito della cittadinanza, per cui il signor *Reyners*, come cittadino olandese, non aveva il diritto di iscriversi nell'Albo degli avvocati di Bruxelles.

* Relazione, rivista ed ampliata, presentata dall'Autore al Convegno tenutosi a Milano il 19 gennaio 2006 su «*La direttiva n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere*» organizzato da CISDCE, AIFI, ABI, ANBP. Nel redigere il testo scritto è stato volutamente mantenuto il carattere colloquiale usato nell'esposizione orale.

Come sappiamo, con la sentenza emessa in causa n. 2/74¹, la Corte di giustizia ha accolto invece la domanda del signor *Reyners* sulla base del diritto di stabilimento sancito dal Trattato Ce: la norma di riferimento era allora l'art. 52 divenuto oggi l'art. 43.

Secondo tale sentenza, il cittadino di uno Stato membro che possiede i requisiti professionali richiesti per svolgere la professione di avvocato in un determinato Paese membro, ha diritto di svolgere tale professione in quello stesso Stato membro, indipendentemente dalla propria nazionalità (cittadinanza). Pertanto il signor *Reyners*, che aveva studiato in Belgio ed aveva superato in Belgio gli esami di Stato, come tutti gli avvocati belgi, aveva il diritto di esercitare la professione forense in Belgio pur essendo di nazionalità (cittadinanza) olandese.

Tale essendo l'efficacia delle norme del Trattato Ce, la direttiva di armonizzazione che il Governo belga, e gli altri Governi europei intervenuti in causa, consideravano indispensabile per far venir meno il requisito della cittadinanza, diventava unicamente necessaria per armonizzare i requisiti professionali minimi richiesti per l'acquisizione del titolo di avvocato (durata degli studi, numero di esami da superare, durata della formazione professionale, etc.).

Per contro, non essendo la cittadinanza un requisito di carattere professionale, la stessa non poteva più avere rilevanza giuridica ai fini dell'iscrizione nell'Albo degli avvocati.

Questa sentenza, come ricorderanno i cultori del diritto comunitario, ha determinato una vera e propria rivoluzione in ambito europeo, sovvertendo il quadro giuridico in materia di riconoscimento delle professioni in tutta Europa, con riferimento non solo alla professione degli avvocati, ma anche a quelle dei medici, architetti, infermieri, farmacisti², etc.

La stessa Commissione europea ha dovuto quindi gettare nel cestino (la forza del cestino!) tutte le sue proposte che prevedevano la soppressione del requisito della cittadinanza sulla base di specifiche direttive di armonizzazione delle leggi dei vari Stati membri riguardanti le professioni liberali. A partire dalla sentenza sopra ricordata, pertanto, il cittadino di uno Stato membro può svolgere, di regola, un'attività professionale in un altro Stato membro anche se non possiede la cittadinanza di tale ultimo Stato, purché sia in possesso di tutti i requisiti professionali richiesti per l'esercizio della professione considerata.

Grazie alla sentenza *Reyners*, è stato quindi possibile avviare in Europa l'importante processo di liberalizzazione delle professioni che oggi conosciamo.

¹ In *Raccolta*, 1974, p. 631.

² Sugli effetti prodotti da tale sentenza (e da altre sentenze di contenuto analogo) v. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 293 ss.

II. Gli effetti giuridici prodotti dalla sentenza *Reyners* e la direttiva Ce n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere

Trent'anni dopo la sentenza *Reyners*, nel 2003, una società tedesca, la Sevic System AG, operante nel settore elettronico, stipula un contratto di fusione con una società lussemburghese, la SVC, che prevede lo scioglimento senza liquidazione di SVC e il passaggio dell'intero patrimonio dalla SVC lussemburghese alla Sevic System tedesca.

La Sevic System AG (di seguito: Sevic) chiede l'iscrizione dell'atto di fusione nell'apposito registro tedesco, ma il giudice competente, *Amtsgericht* di Neuwied, rifiuta l'iscrizione perché la legge tedesca ammette le fusioni unicamente tra società costituite in Germania (e, dunque, soltanto tra società di nazionalità tedesca). La Sevic propone quindi opposizione davanti al *Landgericht* di Koblenz, con richiesta di rinvio pregiudiziale della causa davanti alla Corte di giustizia di Lussemburgo.

Davanti alla Corte di giustizia si ripresenta lo stesso scenario di trent'anni prima, appena descritto con riferimento alla causa *Reyners*. Cambia solo il soggetto: invece di un professionista, persona fisica, ora ci si trova di fronte ad una società, persona giuridica.

Anche l'obiezione del Governo tedesco e degli altri Governi europei intervenuti in causa, è la stessa già sollevata trent'anni prima nella causa *Reyners*: occorre una specifica direttiva comunitaria di armonizzazione senza la quale non è possibile sopprimere il divieto di fusione tra società di Paesi membri diversi.

Nella causa davanti alla Corte di giustizia la Sevic, oltre all'art. 43 del Trattato Ce, a suo tempo invocato dal signor *Reyners*, che fa riferimento al diritto di stabilimento in generale, invoca anche l'art. 48 del Trattato Ce, riferentesi alle società, così formulato:

«Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri».

Di conseguenza, in base a tale norma, la società per azioni tedesca Sevic, *persona giuridica*, risulta equiparata al signor *Reyners*, *persona fisica* e può beneficiare, come il signor *Reyners*, di tutti i diritti che sono riconosciuti ai cittadini degli Stati membri dalla normativa del Trattato in materia di stabilimento³.

³ Come il signor *Reyners* aveva chiesto il riconoscimento del diritto di iscriversi nell'Albo degli

La sentenza della Corte di giustizia è stata emessa il 13 dicembre 2005 in causa n. C-411/03 e, quindi, venti giorni dopo la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* della direttiva Ce n. 2005/56⁴ sulle fusioni societarie transfrontaliere, che stiamo esaminando nel presente Convegno.

Come si esprime la Corte di giustizia a proposito dei diritti della società per azioni *Sevic* (persona giuridica)? Si esprime esattamente negli stessi termini impiegati trent'anni prima a proposito dei diritti del signor *Reyners* (persona fisica). Vale a dire, che non occorre una direttiva di armonizzazione per permettere le fusioni tra società appartenenti a Paesi membri diversi, bastando le norme del Trattato Ce in materia di stabilimento (artt. 43 e 48), le quali consentono ora alla *Sevic* tedesca di incorporare legittimamente la società lussemburghese *SVC*. E allora, a cosa serve la direttiva n. 2005/56 appena pubblicata di cui stiamo discutendo? La risposta della Corte si ricava implicitamente dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano presentate, nella stessa causa, nel luglio del 2005.

Lo scopo della direttiva è quello di "facilitare" le fusioni tra società europee (cfr. *considerando* n. 2) e non quello di renderle possibili, in quanto questa possibilità viene già riconosciuta dalle citate norme del Trattato Ce in materia di stabilimento (artt. 43 e 48)⁵.

A questo punto il discorso si fa più chiaro, a semplificazione del testo di una direttiva che, diciamoci la verità, è scritta in modo terrificante da chi ignora impunemente l'aureo principio secondo cui: «un testo che si legge senza fatica, è costato molta fatica a chi l'ha scritto»⁶.

Qui la fatica la facciamo soltanto noi che dobbiamo leggerlo.

Tornando ora alla sentenza del 13 dicembre 2005 (*Sevic c. SVC*), appare evidente il nesso esistente con la sentenza *Reyners*.

Nella sentenza *Reyners*, la Corte di giustizia aveva precisato che la direttiva di armonizzazione avrebbe dovuto riguardare unicamente il possesso dei requisiti professionali minimi, per evitare che qualcuno, senza la preparazione e la formazione professionale richieste dalla direttiva di armonizzazione, potesse esercitare la professione di avvocato (o di medico, o di architetto, etc.)

avvocati belga, così la Società *Sevic* ha chiesto il riconoscimento del diritto di iscrivere la Società, nata dall'atto di fusione per incorporazione, nel registro delle società tedesche.

⁴ In *Gu-Ue* n. L 310 del 25 novembre 2005. Il recepimento di tale direttiva è previsto nel progetto di legge relativo alla legge comunitaria 2006.

⁵ Una critica serrata alla sentenza della Corte di giustizia è contenuta nel commento di P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva n. 2005/56 in Germania*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2006, I, p. 479. L'autore dedica anche interessanti osservazioni alla direttiva n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere. Sulla sentenza della Corte di giustizia v. anche T. BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, punto n. 3, p. 8 ss. del contributo dattiloscritto destinato ad essere pubblicato in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2006.

⁶ Secondo una battuta, attribuita a MARK TWAIN, se si impiegano due giorni per scrivere trenta pagine, bisognerebbe impiegarne trenta per ridurle a due.

in tutti i Paesi dell'Unione europea. Se, però, secondo la Corte, i requisiti professionali minimi sussistono, il diritto di svolgere l'attività professionale considerata trova il suo fondamento direttamente nel Trattato (art. 43) e non nella direttiva di armonizzazione.

Orbene, con la sentenza *Sevic c. SVC*, la Corte di giustizia estende lo stesso ragionamento alla materia societaria. Di conseguenza, la direttiva Ce n. 2005/56 dovrà unicamente tutelare i diritti dei creditori, i diritti dei soci e i diritti dei lavoratori delle società coinvolte in un'eventuale fusione, che possono essere pregiudicati dalla fusione medesima, ma se tali diritti risultano già tutelati dalla normativa nazionale esistente, non c'è bisogno di una direttiva per autorizzare una fusione che risulta già consentita dal Trattato istitutivo della Comunità europea.

Nel caso di specie, la *Sevic* tedesca e la *SVC* lussemburghese appartengono a due Paesi membri dell'Unione europea che, per quanto attiene alla tutela dei soci e dei creditori, applicano le stesse disposizioni in materia societaria (come è anche il caso dell'Italia), perché si tratta di disposizioni adottate in attuazione della terza direttiva societaria sulle fusioni nazionali⁷ (che avvengono tra società costituite all'interno dello stesso Stato membro) per cui non esistono attualmente divergenze tra le legislazioni nazionali applicabili per quanto riguarda la tutela dei soci e dei creditori⁸.

Per quanto riguarda, invece, la tutela dei lavoratori, con riferimento alla partecipazione dei medesimi alla gestione delle società nelle quali lavorano, il problema è più complesso.

La Germania che, nella causa decisa dalla Corte di giustizia, è il Paese i cui ha sede la società incorporante *Sevic*, è proprio il Paese membro nel quale i diritti dei lavoratori, per quanto riguarda la loro partecipazione alla gestione delle società, sono riconosciuti al massimo grado⁹. Ne consegue che, anche sotto questo profilo, non vi sarebbero stati motivi validi per rifiutare la fusione richiesta, proprio perché la fusione avveniva in Germania dove i predetti diritti dei lavoratori sono rigorosamente tutelati.

In conclusione, la Corte di giustizia, con la sentenza qui esaminata, dichiara incompatibile con il diritto comunitario la normativa tedesca che vieta l'iscrizione, nel registro tedesco, dell'atto di fusione tra due società di due Paesi membri diversi, mentre lo stesso divieto non avrebbe operato se le società coinvolte nella fusione fossero state entrambe tedesche.

⁷ Terza direttiva del Consiglio del 9 ottobre 1978 relativa alle fusioni delle società per azioni, in *Guce* n. L 295 del 20 ottobre 1978, p. 36.

⁸ Oggigiorno, nei Paesi dell'Unione europea trovano infatti applicazione le stesse norme, di derivazione comunitaria, sulle fusioni nazionali (riguardanti due o più società costituite all'interno dello stesso Paese) che garantiscono la medesima tutela ai creditori e ai soci. Relativamente all'Italia, cfr. artt. 2501 ss. del codice civile.

⁹ Su particolari aspetti del sistema tedesco cfr. G. B. PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 137.

III. Valutazioni critiche e conclusioni

Conviene ora accennare al problema della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle società, sulle cui implicazioni in materia di fusioni nelle quali siano eventualmente coinvolte società italiane, ci intratterrà più avanti un altro relatore.

La disciplina della partecipazione dei lavoratori agli organi amministrativi delle società, che ha avuto modo di svilupparsi in Germania, in Olanda e in altri Paesi, prevede, come è noto, il coinvolgimento obbligatorio dei rappresentanti dei lavoratori o all'interno del Consiglio di amministrazione di determinate società oppure all'interno del loro Consiglio di sorveglianza (nei Paesi dove questo esiste). Orbene, questa disciplina non è mai stata introdotta in Italia. Alla sua introduzione si sono sempre opposti non solo gli imprenditori (Confindustria, etc.) consapevoli che i rappresentanti dei lavoratori all'interno delle imprese sarebbero stati designati dai sindacati italiani, notoriamente considerati cinghie di trasmissione dei partiti politici, ma anche gli stessi sindacati dei lavoratori, intenzionati a non lasciarsi legare le mani nei rapporti con le imprese, preferendo agire in piena libertà e senza vincoli.

In Italia non si è mai cambiato opinione¹⁰ e, per questo, la direttiva Ce n. 2005/56, che stiamo commentando, è stata alla fine approvata da ventiquattro dei venticinque Stati membri, con un solo voto contrario: quello dell'Italia.

La necessità di rispettare la disciplina sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese ha rappresentato indubbiamente l'ostacolo principale all'approvazione della direttiva Ce n. 2005/56 la cui proposta, come è noto, è stata presentata dalla Commissione europea nel lontano 1984 come proposta di decima "direttiva societaria". Il fatto che sia stata approvata solo ora, ad oltre vent'anni dalla presentazione della proposta originaria, costituisce la prova delle difficoltà che è stato necessario superare.

Alla fine, il maggior ostacolo è stato superato grazie alla parallela approvazione del regolamento comunitario sullo Statuto della Società europea e della direttiva specifica collegata al predetto regolamento, che disciplina, appunto, la partecipazione dei lavoratori alla gestione della Società europea¹¹. Anche lo Stato italiano, nel mese di agosto 2005, ha alla fine adottato la disci-

¹⁰ In Italia, con la recente riforma societaria è stata prevista l'introduzione di un Consiglio di sorveglianza nelle società per azioni (cfr. artt. 2409 *octies* e 2409 *duodecies*, cod. civ.), ma la sua composizione viene decisa liberamente dall'Assemblea senza alcun obbligo di nominare, tra i suoi membri, un rappresentante dei lavoratori.

¹¹ Regolamento Ce n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (*Guce* n. L 294 del 10 novembre 2001, p. 1 ss.). Direttiva n. 2001/86/Ce del Consiglio dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (*Guce* n. L 294 del 10 novembre 2001, p. 22 ss.).

plina nazionale di recepimento della normativa comunitaria relativa alla Società europea¹².

A questo punto, che atteggiamento occorre tenere in Italia di fronte alla direttiva Ce n. 2005/56?

Dato che, come abbiamo visto, la direttiva qui esaminata è unicamente destinata a facilitare le fusioni societarie transfrontaliere e non a renderle possibili sotto il profilo giuridico¹³, poiché prevede il ricorso alle regole specifiche comunitarie in essa contenute soltanto quando la corrispondente normativa nazionale degli Stati membri risulta inadeguata o carente, potrebbe essere ritenuto ragionevole e corretto il seguente approccio.

Il contesto giuridico cui dobbiamo riferirci è che anche in Italia, come abbiamo ricordato, la normativa interna (di derivazione comunitaria) tutela i diritti dei creditori e dei soci delle società coinvolte in procedure di fusioni societarie nazionali, per cui rimane unicamente scoperta, nel nostro ordinamento, la tutela dei diritti dei lavoratori per quanto riguarda la loro partecipazione alla gestione delle società.

Stando così le cose, secondo la sentenza della Corte di giustizia sopra esaminata, emessa in causa n. 411/03, appare possibile effettuare in Italia, anche subito, la fusione tra una società italiana e una società appartenente ad un altro Paese membro purché quest'ultima società non risulti concretamente assoggettata alla disciplina sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle società applicabile in tale Stato membro¹⁴.

Se, al contrario, la predetta società fosse assoggettata, nel proprio Stato membro, alla disciplina appena richiamata, in tal caso la procedura di fusione potrebbe essere avviata in Italia unicamente sulla base delle regole contenute nella direttiva Ce n. 2005/56 che dovrebbe, pertanto, essere preventivamente recepita nel nostro ordinamento.

Se, però, l'Italia, pur recependo integralmente la direttiva Ce n. 2005/56, non introducesse nello stesso tempo nel proprio ordinamento una normativa specifica sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle società, potrebbe impedire (considerate le norme della direttiva Ce n. 2005/56) ogni ipotesi di fusione societaria tra una società italiana ed una società di un altro Stato membro nel quale quest'ultima fosse concretamente assoggettata alla di-

¹² Dlgvo n. 188 del 19 agosto 2005, Attuazione della direttiva n. 2001/86/Ce che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *Guri* n. 220 del 21 settembre 2005.

¹³ Cfr. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, punto n. 4, p. 14 ss. del contributo dattiloscritto destinato ad essere pubblicato in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, cit. *supra*, nota 5.

¹⁴ Il recepimento della direttiva n. 2005/56 potrebbe comunque agevolare l'espletamento della procedura di fusione, sotto il profilo contabile-amministrativo, in quanto alcune norme della direttiva consentono di superare ostacoli di natura formale derivanti dalla legislazione interna attualmente applicabile (cfr. ad esempio, l'art. 8 della direttiva sulla presentazione di un rapporto unico degli esperti contabili).

sciplina sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle società.

In un'ipotesi del genere, infatti, le norme della direttiva Ce n. 2005/56 prevedono una procedura talmente intricata e complessa da rendere praticamente impossibile la conclusione di qualunque fusione societaria¹⁵.

Per finire, conviene segnalare che la possibilità di procedere alla fusione tra una società italiana ed una società avente la propria sede in un Paese terzo situato, quindi, al di fuori dell'Unione europea, è soltanto prevista sulla base delle norme di diritto internazionale privato (art. 25 della legge n. 218/1995)¹⁶. Ma in tal caso non potranno essere invocate le norme del Trattato sopra viste (artt. 43 e 48 del Trattato Ce).

Fausto Capelli

¹⁵ In effetti il sistema posto in essere dalla direttiva n. 2005/56 funziona in modo da impedire che i diritti dei lavoratori di una società, alla cui gestione essi partecipano, possano venir meno nel caso in cui tale società proceda ad una fusione con una società di un altro Stato membro i cui lavoratori non godano degli stessi diritti.

¹⁶ Legge n. 218 del 31 maggio 1995, sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in *Guri* n. 128 del 3 giugno 1995.

RECENSIONI

Marco Pedrazzi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 269, € 19,00

Le difficoltà cui sarebbe andato incontro il Legislatore italiano nella valutazione dell'impatto che il mandato d'arresto europeo avrebbe avuto sul nostro ordinamento furono, per la prima volta, in maniera autorevole, analizzate da due eminenti studiosi del diritto costituzionale, Vincenzo Caianello e Giuliano Vassalli. I due autorevoli giuristi, in un parere reso l'11 dicembre 2001, puntarono i riflettori su una serie di strappi ai principi della nostra Costituzione ad opera di quella che all'epoca era ancora una semplice proposta di decisione quadro: dal principio di tassatività della norma penale a quello relativo alla riserva assoluta di legge, dai principi costituzionali in materia di libertà personale a quelli relativi all'extradizione. Con forte spirito critico il Legislatore italiano ha affrontato la delicata materia, studiando le diverse scelte, il d.d.l. Buemi (atto alla Camera 4431), il d.d.l. Pisapia (atto alla Camera 4436), attese le valutazioni negative all'originario disegno Kessler, discusso alla Camera nella sua forma emendata in Commissione giustizia. Problema fondamentale, resta, comunque, quello della inconciliabilità di fondo di alcuni punti della decisione quadro, con altrettanti principi della nostra Carta fondamentale. Primo fra tutti le garanzie della persona. L'opera qui recensita, pubblicata nella Collana di testi e Documenti di Diritto Europeo, diretta dal Prof. Nascimbene che ne cura, altresì, la prefazione, ha riunito, sotto il coordinamento del curatore, il Prof. Pedrazzi, i contributi di appartenenti al mondo accademico, all'avvocatura ed alla magistratura, quest'ultima: sia nazionale sia della Corte europea dei diritti dell'uomo. I suggerimenti, convincenti e rilevanti, che si traggono dalla lettura del testo sono interessanti e proficui sia per chi intenda avvicinarsi all'argomento in questione sia per chi voglia approfon-

dirlo; merito, inoltre, dell'impostazione dei capitoli, assolutamente corrispondente ad una visione d'insieme ed accurata dell'argomento trattato. Dopo un'analisi del mandato d'arresto europeo, nella sua cornice naturale, lo «Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia», l'interesse si sposta su un'attenta considerazione del mandato stesso come prima soglia concreta di un diritto penale, e processuale penale europeo, e l'inserimento nell'ordinamento italiano, con lo studio dei problemi sul piano costituzionale e dei diritti della persona. L'approfondimento, s'incentra, oltre che sulle novità che la decisione quadro ha portato rispetto alla Convenzione europea sull'estradizione sottoscritta a Parigi il 13 dicembre del 1957, anche e in particolar modo su due elementi caratterizzanti il mandato d'arresto europeo: il principio di doppia incriminazione e quello di specialità. Non mancano, spunti inerenti il diritto penale sostanziale e processuale e di quella che viene considerata la disarticolazione del mandato d'arresto dal ceppo del processo penale, con un'osservazione, anche, sulla giurisdizione della Corte di Strasburgo alla luce proprio del tema portante dell'elaborato, quello della garanzie della persona. L'approfondimento viene portato a compimento con una disamina dell'approvazione parlamentare del mandato d'arresto e con i contributi che ad essa sono stati forniti dalla dottrina costituzionale e penalistica e, non ultima, dell'Unione Camere Penali Italiane. Tra i Paesi destinatari della decisione quadro, l'Italia, ultima temporalmente, ha attuato il mandato d'arresto europeo il 22 aprile 2005, con la legge n. 69, pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* n. 98 del 28 aprile 2005. Il ritardo nell'*iter* di approvazione della legge di attuazione, segnato da ben cinque passaggi tra le camere, con una lunga ed attenta riflessione connessa all'esigenza di non tradire valori e precetti di rilevanza costituzionale, vorrebbe limitare gli inconvenienti che altri Paesi, come la Germania, la Polonia, stanno affrontando circa la compatibilità delle leggi interne d'attuazione con i principi costituzionali, propri di ogni nazione. La Corte costituzionale tedesca, ad esempio, ha ritenuto illegittima la norma interna di recepimento, perché, in contrasto con la Carta fondamentale, per le insufficienti tutele concesse all'imputato. Nonostante gli sforzi compiuti dal nostro legislatore, però, la legge d'implementazione per diversi aspetti non si attiene alla decisione quadro. Innanzitutto, la reintroduzione del principio della doppia o "trippla" incriminazione che ha reso la nostra legge singolare tra le 25 legislazioni nazionali. Definizioni estremamente dettagliate sono state considerate per ciascun tipo d'infrazione: più dettagliate, in alcuni casi, delle definizioni contenute nel nostro codice penale. Ancora, la previsione di diversi nuovi motivi di rifiuto come la reintroduzione del rifiuto di estradizione per i reati politici, un sovraccarico amministrativo, tutti elementi questi, che fanno perdere al mandato d'arresto europeo gran parte della sua ragion d'essere, determinando, in questo modo, l'annullamento di fatto dei principi del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia. Dall'altro lato, però, non bisogna dimenticare che la decisione quadro, strutturata in modo tale da rendere più efficace l'esecuzione piuttosto

che il rispetto di valori quali la libertà individuale e la presunzione d'innocenza, sembra contrastare con taluni principi fondamentali della Costituzione italiana. In conclusione, l'opera fornisce un sicuro contributo al dibattito che si va facendo sempre più ampio, per ciò che attiene il mandato d'arresto europeo e per tutto quello che riguarda la realizzazione in ambito europeo dello spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Chiude l'opera, come appendice di documentazione, la Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna negli Stati membri.

Francesco Di Paola

Michele Scudiero (a cura di), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, Jovene, 2005, tomo I, pp. I-XVIII, 1-929; tomo II pp. I-VII, 932-1768, € 190,00

Come immediata conseguenza della Carta di Nizza del dicembre 2000 sui diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea e del successivo processo della Convenzione-Conferenza relativo alla elaborazione del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 che istituisce una Costituzione per l'Europa, grande è stato l'interesse della dottrina costituzionalistica italiana, nonché crescente l'impegno manifestato da una larga pubblicistica accademica e non accademica. Mancava fino ad ora un'opera sistematica capace di esprimere un grande commentario al diritto euro-costituzionale nella sua fase di sviluppo. A tale opera altamente meritoria e molto ben riuscita si è applicato il dipartimento napoletano dell'Università Federico II, quale promotore della ricerca in oggetto, unitamente ad altri quattro gruppi di ricerca di altri centri universitari nel quadro di un finanziamento nazionale del competente ministero. Emerge subito agli occhi del lettore il carattere poderoso ed enciclopedico dell'opera qui recensita destinata a segnare una svolta nel cinquantenario dedicato dalla gius-pubblicistica italiana, per dar vita così ad una costituzione scientifico-dottrinarie del processo di integrazione europea, dall'originaria fase euro-comunitaria a quella attuale costituente-unionista.

Ovviamente nel corso del tempo ben si sono definiti i ruoli propri dei costituzionalisti, nonché gli spazi culturali da essi ricoperti in una quasi naturale *actio finium reguntorum* rispetto alla dottrina "internazionalistica" classica ed agli altri settori della dottrina internistica di estrazione privatistico-civilistica e pubblicistico-amministrativistica, fino ai più recenti coinvolgimenti della dottrina penalistica. Alla luce di tale ripartizione di ruoli e di compiti ben si comprende la ripartizione dell'opera qui recensita in due grandi tomi dedicati rispettivamente al sistema di governo (*Governance*) e al sistema dei diritti e

doveri (*Rights*). Il primo tomo, invero, articolato in tre ampissimi capitoli, dopo un'ampia introduzione (p. XV ss.) del benemerito curatore dell'intera opera Michele Scudiero, si articola in tre settori, corrispondenti al processo costituzionale di *governance* (p. 3 ss.), al riparto di competenze (p. 323 ss.) ed infine alle fonti dell'ordinamento europeo. Volutamente tale primo volume concerne formalmente la Costituzione in senso stretto, con esclusione delle parti più propriamente internazionalistiche, quali preamboli, protocolli, dichiarazioni allegate, pur non mancando pregevoli spunti dedicati al c.d. processo di ratifica 2004-2007 (sia pur limitata alla data di osservazione dell'aprile 2005, data di consegna degli scritti da parte del *cast* composto da validissimi autori dei contributi in essa contenuti).

Il secondo tomo si occupa dei contenuti materiali del diritto euro-costituzionale, con particolare riferimento alla parte II e III del Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004 con ovvia inclusione del trittico rappresentato dai diritti fondamentali, nonché dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, e delle politiche comunitarie. Nell'ottica generale indicata in precedenza, restano ovviamente escluse dal volume le trattazioni di specifica competenza internazionalistica sulle relazioni esterne dell'Unione e sulle fonti unionistiche di natura più propriamente convenzionale, come quelle ad esempio concernenti il regime della politica estera di sicurezza comune e politica estera di difesa, ovvero al c.d. regime Pesc-Pesd. Sulla base di tali premesse il tomo II si articola in cinque poderosi capitoli affidati ad una pluralità di collaboratori, sia pur con differenziato impegno, talora di vera e propria natura monografica, talora di saggio breve e monografico. In tale economia dell'opera eccelle il capitolo IV concernente un commentario nel commentario dedicato al regime euro-costituzionale dei diritti fondamentali, spaziando in quattro parti molto analitiche e dettagliate sotto il profilo sostanziale, procedurale, degli *standard* di produzione e di una casistica di tutti i settori della disciplina (pp. 973-1633). Il tomo secondo si conclude con il capitolo dedicato alle politiche comunitarie, riferite ad alcune fra esse particolarmente rilevanti, come quella ambientale e di sviluppo sostenibile e quella concernente la materia delle misure antidiscriminatorie e di esclusione sociale. L'opera si conclude con una riflessione dedicata alla prospettiva del processo costituente in corso tra "grandi speranze" ed "euro-pessimismo".

Indipendentemente dal significato di tali prospettive l'impostazione retrospettiva consapevolmente assunta dagli studiosi italiani del diritto euro-costituzionale, giovani e meno giovani impegnati in un'opera così lungimirante guadagnerà senz'altro all'intera *task-force* e a ciascuno dei suoi componenti uno spazio di sicuro prestigio nella letteratura euro-costituzionale di questa decisiva fase storica che contrassegna la civiltà giuridico-europea.

Francesco Buonomenna

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara - Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FRANCESCO PAOLO BELLO, *Avvocato in Bari*

GIANLUCA BELOTTI, *Avvocato in Bruxelles*

MARCO BORRACCETTI, *Ricercatore di Diritto dell'Unione europea - Università di Bologna - Polo di Forlì*

FRANCESCO BUONOMENNA, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale - Assegnista di ricerca / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FRANCESCO DI PAOLA, *Avvocato - Gruppo «Spazio Giuridico Europeo» / Centro Studi "A. Marongiu" U.C.P.I.*

GIUSEPPINA DI SALVATORE, *Avvocato in Nuoro*

MASSIMO FRAGOLA, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria*

FABIO GENCARELLI, *Avvocato in Roma - Docente presso la Scuola di specializzazione in Ispezione di prodotti di origine animale presso la Facoltà di Veterinaria / Università degli Studi di Parma*

ELIANA IORIO, *Avvocato in Nola*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

ANTONIO NATALI, *Dottorando di ricerca in Rapporti giuridici tra principi comunitari, costituzionali e internazionalizzazione del mercato / Università degli Studi di Salerno*

MASSIMILIANO VALCADA, *Avvocato in Savona - Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine*

SERGIO VENTURA, *già Direttore alla Commissione europea*

ARTICOLI

LA DISCIPLINA APPLICABILE IN ITALIA ALLE BANCHE POPOLARI COOPERATIVE, ALLA LUCE DELLE NORME COMUNITARIE SULLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO E SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI

Sommario: **A.** Osservazioni preliminari - **B.** Valutazioni giuridiche con riferimento al diritto comunitario - **I.** Divieto di introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento (art. 43 Trattato Ce) - **1.** In generale - **2.** Contenuto del divieto di introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento - **a.** Limitazioni alla libertà di stabilimento che risultano pregiudizievoli per le società - **b.** Limitazioni alla libertà di stabilimento pregiudizievoli per i cittadini comunitari - **II.** Divieto di introdurre restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali (artt. 56 e 58 Trattato Ce) - **1.** In generale - **2.** Il riferimento al sistema della c.d. «Golden Share» - **3.** Il riferimento al regime speciale proprietario delle società cooperative - **4.** Conseguenze dovute alla mancanza di una armonizzazione a livello europeo delle normative sulle società cooperative - **III.** Valutazioni giuridiche con riferimento alla normativa comunitaria di armonizzazione del settore bancario e a quella disciplinante la società cooperativa europea - **1.** La direttiva Ce n. 2000/12 e la direttiva Ce n. 2006/48 - **a.** Le regole sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi nella direttiva Ce n. 2000/12 - **b.** Le regole in tema di partecipazione azionaria nella direttiva n. 2000/12 - **c.** Le regole introdotte dalla direttiva Ce n. 2006/48 - **2.** Il regolamento n. 1435/2003 sulla Società cooperativa europea - **IV.** Valutazioni finali e conclusive.

A. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

La Commissione europea ha archiviato la procedura di infrazione contro l'Italia, avviata nel 2003, con riferimento alla normativa applicabile alle Banche popolari cooperative¹.

¹ In una dichiarazione del portavoce del Commissario europeo al mercato interno – Charlie McCreevy –, ripresa dall'Ansa in data 15 dicembre 2006, è stata resa nota l'archiviazione della procedura di infrazione contro l'Italia. Il testo della dichiarazione è riportato *infra*, p. 789 ss.

La Commissione aveva introdotto la procedura di infrazione in base all'art. 226 del Trattato Ce ritenendo incompatibili con l'art. 43 del Trattato Ce (sulla libertà di stabilimento) e con l'art. 56 dello stesso Trattato (sulla libertà di circolazione dei capitali) le disposizioni del Testo unico italiano in materia bancaria (Decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385) che contemplano, per quanto riguarda le Banche popolari (cooperative), quanto segue:

- a. ciascun socio detiene un solo voto, indipendentemente dalle azioni possedute (cfr. art. 30 par. 1);
- b. ciascun socio non può possedere più dello 0,5% del capitale sociale, con l'eccezione degli organismi di investimento collettivo (cfr. art. 30 par. 2);
- c. il numero dei soci non deve essere inferiore a 200 (art. 30 par. 4);
- d. l'acquisto della qualità di «socio» è sottoposto all'approvazione del Consiglio di amministrazione (c.d. «clausola di gradimento») in mancanza della quale il titolare delle azioni può soltanto vantare diritti patrimoniali come semplice investitore (art. 30 par. 5).

La Commissione europea, nella sua comunicazione di messa in mora, in data 15 ottobre 2003, chiarisce in dettaglio i motivi dell'incompatibilità denunciata.

Secondo la Commissione, la normativa italiana, anche se è applicabile allo stesso modo nei confronti degli operatori nazionali e di quelli comunitari, rende più difficile per questi ultimi l'accesso al mercato italiano in quanto pone ostacoli all'esercizio della loro attività economica e all'investimento di capitali in Italia.

Il Governo italiano, con nota in data 16 febbraio 2004, ha contestato, sotto il profilo tecnico, gli argomenti che la Commissione ha posto a base della comunicazione di messa in mora. Successivamente, con nota in data 3 settembre 2004, il Governo italiano ha fornito un'ulteriore risposta tecnica ad una richiesta di chiarimenti presentata dalla Commissione in data 4 agosto 2004. Dopo lo scambio di note, sopra menzionate, la Commissione ha inviato una nuova lettera al Governo italiano in data 26 giugno 2006 chiedendo ulteriori chiarimenti che sono stati forniti con una lettera di risposta dello stesso Governo inviata nel mese di agosto 2006. Sulla base della documentazione scambiata fra la Commissione e il Governo italiano, vengono svolte le considerazioni di seguito esposte.

Come si può comprendere, la denuncia della Commissione, sopra sintetizzata, si riferisce, da un lato, alla violazione dell'art. 43 del Trattato Ce relativo alla libertà di stabilimento e, dall'altro lato, alla violazione degli artt. 56 ss. dello stesso Trattato relativo alla libertà di circolazione dei capitali nell'Unione europea.

B. VALUTAZIONI GIURIDICHE CON RIFERIMENTO AL DIRITTO COMUNITARIO

Per procedere ad un'analisi corretta della materia oggetto del presente commento, occorre tenere concettualmente ben distinti gli aspetti concernenti la libertà di stabilimento da quelli concernenti la libertà di circolazione dei capitali.

I. Divieto di introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento (art. 43 Trattato Ce)

1. IN GENERALE

Secondo l'art. 43 del Trattato Ce, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in uno Stato membro non possono essere imposte ai cittadini e alle società di un altro Stato membro, restrizioni destinate a limitare il loro accesso alle attività economiche (o il relativo esercizio) che non siano ugualmente imposte ai cittadini o alle società del primo Stato membro.

Le restrizioni vietate sono sia quelle *dirette*, basate sulla nazionalità dei soggetti e, quindi, chiaramente identificabili, sia quelle indirette, chiamate anche «*simulate*» o «*mascherate*» che, pur essendo applicabili in modo indistinto tanto ai cittadini (o alle società) dello Stato membro ospitante, quanto a quelli dello Stato membro di provenienza, rendono comunque più oneroso (o meno appetibile) nello Stato membro ospitante, l'accesso alle attività economiche (o il loro esercizio) ai cittadini (o alle società) appartenenti allo Stato membro di provenienza².

2. CONTENUTO DEL DIVIETO DI INTRODURRE RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

In ogni caso, perché il cittadino di uno Stato membro possa invocare l'art. 43 del Trattato Ce contro una restrizione ritenuta illegittima, adottata da un altro Stato membro (ospitante) occorre, in primo luogo, che tale soggetto subisca una limitazione all'accesso ad un'attività economica oppure una limitazione all'esercizio della medesima all'interno di tale ultimo Stato membro (ospitante).

L'indagine preliminare che deve essere effettuata, prima ancora di procedere alla verifica del contenuto dell'eventuale restrizione contestata, riguar-

² Cfr. sul punto, G. CONTALDI, *Commento all'art. 43. Diritto di stabilimento (Voce)*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 387 ss. V. anche G. TESAURO, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, Cedam, 2005, p. 525 ss. nonché P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, II ed., Padova, Cedam, 2006, p. 312 ss.

da, quindi, tanto la possibilità di accesso ad un'attività economica quanto la possibilità di esercizio dell'attività medesima.

Soltanto nel caso in cui dovesse essere accertata l'esistenza di una limitazione all'accesso ad un'attività economica (o al suo esercizio), sarà quindi necessario procedere all'esame del contenuto di tale limitazione verificandone la natura per stabilirne l'eventuale incompatibilità con l'art. 43 del Trattato Ce.

Se questa è la corretta procedura da seguire per accertare le violazioni dell'art. 43 del Trattato Ce, occorre verificare se, con riferimento alla fattispecie in esame, sussistano limitazioni imposte dall'ordinamento italiano all'accesso ad attività economiche (o al loro esercizio) tanto ai danni di società, quanto ai danni di cittadini di altri Stati membri³.

Le due ipotesi, appena richiamate, vanno tenute distinte per essere trattate in modo separato.

a. Limitazioni alla libertà di stabilimento che risultano pregiudizievoli per le società

Come risulta espressamente disposto nel secondo comma dell'art. 43 del Trattato Ce:

«La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi del-

³ Curiosamente, per dimostrare che nel caso delle banche cooperative ci troviamo di fronte ad una violazione delle norme comunitarie poste a tutela del diritto di stabilimento (art. 43 Trattato Ce), la Commissione fa riferimento, tra l'altro, alla fattispecie risolta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Gebhard* (causa n. C-55/94 in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165). Orbene, basta considerare la fattispecie del caso *Gebhard*, per far ritenere del tutto inconfidente e infondata l'estensione, alla fattispecie delle Banche popolari, dei principi ricavati dalla sentenza della Corte di giustizia che tale caso ha risolto. L'avvocato *Gebhard*, con la sua azione giudiziaria, ha perseguito uno scopo ben preciso: quello di avere accesso al "mercato" italiano della professione forense per quanto riguarda l'espletamento di talune attività professionali essenziali (es. consulenza ed assistenza legale ai clienti in un ufficio ubicato in Italia etc.). Poiché l'esercizio di tali attività, rientranti nella professione forense, era subordinato all'iscrizione nell'albo degli avvocati, *Gebhard* ha ritenuto che tale iscrizione rappresentasse un ostacolo illegittimo all'accesso alla professione in Italia, in violazione delle norme del Trattato Ce sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di prestazione dei servizi. La Corte di giustizia, con la sua sentenza, ha deciso in favore dell'avvocato *Gebhard*, consentendogli di svolgere in Italia alcune attività proprie della professione forense, senza la necessità di essere iscritto in un apposito albo degli avvocati italiani. Come si vede, la pretesa dell'avvocato *Gebhard*, che è stata accolta dalla Corte di giustizia, riguardava unicamente l'accesso al "mercato" italiano dell'attività forense. L'avvocato *Gebhard*, al contrario, non ha mai preteso (e come avrebbe potuto!?) il riconoscimento di un suo diritto ad esercitare le attività professionali, ammesse dalla Corte di giustizia, ad esempio all'interno di uno studio legale associato italiano, chiedendo anche di modificarne lo statuto legittimamente approvato e legalmente in vigore tra i legali di tale studio associato. Una pretesa del genere sarebbe stata senz'altro rigettata dalla Corte di giustizia perché l'avvocato *Gebhard* non ha alcuna necessità di esercitare le predette attività all'interno di uno studio legale associato, potendole esercitare in tutti gli altri modi consentiti. Se si esamina ora la pretesa della Commissione sopra sintetizzata, ci si rende conto che essa, con riferimento alle banche popolari, voleva in sostanza ottenere proprio quello che neppure l'avvocato *Gebhard* si era sognato di chiedere.

l'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

A sua volta, l'art. 48 dello stesso Trattato Ce stabilisce che:

«Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro».

L'analisi delle disposizioni appena riportate consente subito di rilevare che tra le società elencate nell'art. 48 del Trattato Ce⁴, esplicitamente richiamato nell'art. 43, rientrano anche «*le società cooperative*» che risultano «*costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro*».

Ciò premesso, occorre riconoscere che l'ordinamento comunitario (artt. 43 e 48 Trattato Ce) impone il divieto di introdurre restrizioni destinate a limitare l'accesso ad attività economiche (o il loro esercizio), all'interno di uno Stato membro, anche con riferimento alle società cooperative costituite secondo la legislazione nazionale di qualunque altro Stato membro.

Come parametro di riferimento, per accertare l'esistenza delle predette restrizioni, l'ultima parte del secondo comma dell'art. 43, sopra riportato, precisa che occorre tener conto delle «*condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini*».

Per accertare se esista, all'interno di uno Stato membro, una restrizione all'accesso ad un'attività economica (o al suo esercizio) ai danni di una società cooperativa, costituita secondo la legislazione di un altro Stato membro, occorre preliminarmente stabilire, come già ricordato, se esistano restrizioni che limitano l'accesso alla predetta attività economica (o il suo esercizio) e, in secondo luogo, se tali restrizioni siano applicate alle stesse condizioni alle quali vengono applicate alle società cooperative del primo Stato membro.

⁴ Sull'art. 48 del Trattato Ce v. P. CH. MÜLLER-GRAFF, *Commento all'art. 48*, in R. STREINZ (Hrg.), *EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München, Beck, 2003, p. 686 ss.

Soltanto dopo aver effettuato tali verifiche, come è stato pure ricordato, dovrebbe essere possibile procedere alla successiva analisi per stabilire se le restrizioni eventualmente individuate possano essere considerate vietate dall'art. 43 del Trattato⁵.

Orbene, nel corso della procedura di infrazione, la Commissione non ha potuto accertare l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di norme suscettibili di restringere l'accesso ad attività economiche (o il loro esercizio) all'interno del mercato italiano, di società cooperative di altri Stati membri, nel senso di imporre a tali società cooperative condizioni diverse da quelle previste per le società cooperative nazionali.

In realtà le società cooperative degli altri Stati membri possono aver accesso in Italia a tutte le attività economiche alle stesse condizioni applicabili alle società cooperative italiane senza subire discriminazioni basate sulla nazionalità o su altri motivi.

D'altra parte, i rilievi mossi contro l'ordinamento italiano e le anomalie riscontrate non hanno preso tanto di mira il contrasto tra la disciplina italiana relativa all'assetto delle società cooperative con il diritto comunitario, quanto piuttosto il mancato rispetto, da parte delle società cooperative italiane che esercitano l'attività bancaria, dei parametri di riferimento che giustificano il loro riconoscimento come società cooperative.

⁵ In tal senso, dall'altra parte, è orientata la giurisprudenza della Corte di giustizia che, in materia di diritto di stabilimento, si è sempre limitata a prendere in considerazione quelle restrizioni nazionali che, direttamente o indirettamente, ostacolano l'accesso al mercato oppure l'esercizio di attività alle quali l'accesso risulta consentito. Un caso esemplare di normativa nazionale contrastante con l'art. 43 del Trattato Ce, in materia di diritto di stabilimento, è stato recentemente deciso dalla Corte di giustizia con la sentenza del 13 dicembre 2005 emessa in causa n. C-411/2003. (Cfr. T. BALLARINO, *La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 717 ss.; M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, punto n. 4, p. 14 ss. del contributo dattiloscritto destinato ad essere pubblicato in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2006; F. CAPELLI, *La direttiva Ce n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere e gli effetti giuridici che essa è in grado di produrre*, in questa *Rivista*, 2006, p. 623 ss.; P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva n. 2005/56 in Germania*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, p. 479 ss.). Il caso riguardava il divieto contenuto nella legislazione nazionale di uno Stato membro (Germania) di autorizzare la fusione fra società di due Stati membri diversi per il fatto che una di esse non era iscritta nel registro tedesco delle società. Più precisamente, una società tedesca, Sevic System AG (di seguito: Sevic), operante nel settore elettronico, aveva stipulato un contratto di fusione con una società lussemburghese, SVC, che prevedeva lo scioglimento senza liquidazione di SVC e il passaggio dell'intero patrimonio della SVC lussemburghese alla Sevic tedesca. Sevic ha quindi chiesto l'iscrizione dell'atto di fusione nell'apposito registro tedesco, ma il Tribunale competente ha rifiutato l'iscrizione perché la legge tedesca ammette la fusione unicamente tra società tedesche. Sevic ha dovuto pertanto introdurre opposizione davanti al Landgericht Koblenz, con richiesta di rinvio della causa alla Corte di giustizia di Lussemburgo. Davanti alla Corte di giustizia il Governo tedesco e tutti i Governi intervenuti hanno sostenuto la stessa tesi: occorre un'apposita direttiva di armonizzazione sulle fusioni transfrontaliere senza la quale non era possibile fondere società di Paesi membri diversi. Da parte sua, Sevic, oltre all'art. 43 sul diritto di stabilimento, ha invocato anche l'art. 48 del Trattato Ce in materia di società, vale a dire gli stessi articoli del Trattato che vengono esaminati in questo scritto. La risposta della Corte di giustizia è stata drastica: la normativa tedesca che impedisce ad una società tedesca di fondersi con una società di un altro Stato membro per il solo fatto che quest'ultima appartiene ad un altro Stato membro è in contrasto con l'art. 43 del Trattato Ce.

Da ciò dovrebbe quindi dedursi che la normativa italiana sulle società cooperative non è incompatibile con il diritto comunitario sulla libertà di stabilimento, non contenendo disposizioni restrittive che possano essere considerate in contrasto con l'art. 43 del Trattato Ce.

Ma da ciò dovrebbe anche dedursi che si sarebbe potuto unicamente avviare le procedure previste dalla legislazione italiana per fare accertare, eventualmente anche attraverso una decisione dell'autorità giudiziaria, la mancanza, nelle Banche popolari italiane, dei prescritti requisiti mutualistici che sono necessari a dette banche per ottenere lo "status" di società cooperative.

In effetti la normativa italiana prevede diversi controlli a tale scopo che possono essere avviati anche su denuncia dei soci delle società cooperative.

In particolare, l'art. 2545 del codice civile in materia di società cooperative⁶, impone agli Amministratori e ai Sindaci di indicare specificamente, nella relazione prevista agli artt. 2428 e 2429 dello stesso Codice, «i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico».

Orbene, in caso di inosservanza o di insufficiente ottemperanza della prescrizione di cui sopra, il socio ha la possibilità di tutelare i propri diritti, in base alla legge, nei modi seguenti:

- intervento all'Assemblea dei soci, per chiedere approfondimenti ed eventualmente censurare il comportamento degli Amministratori;
- denuncia al Collegio sindacale per contestare «i fatti che ritiene censurabili» (art. 2408 cod. civ.);
- denuncia all'autorità giudiziaria (Tribunale competente) per contestare gravi irregolarità nella gestione della società cooperativa (art. 2409 cod. civ.). Le irregolarità qui indicate rientrano tra quelle che normalmente la giurisprudenza considera collegate alla "mala gestio"⁷.

La normativa italiana prevede inoltre specifiche forme di vigilanza sull'attività delle Banche popolari cooperative, in conformità alle seguenti disposizioni di legge:

- Art. 1 del dlgs n. 220 /2002⁸ (sulla vigilanza degli enti cooperativi) secondo il quale «la vigilanza su tutte le forme di società cooperative»

⁶ Sul punto v. G. BONFANTE, Commento all'art. 2545 cod. civ. (e seguenti), in G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 2601 ss.

⁷ A proposito di "mala gestio" è da ritenere, però, che una specifica violazione delle norme applicabili non poteva essere presa in considerazione nella procedura di infrazione. In verità, la mancanza dei prescritti requisiti mutualistici segnalata dalla Commissione non ha nulla a che vedere con la mala gestio che attiene invece alla violazione di norme e regole di corretta gestione amministrativa che devono essere obbligatoriamente osservate da tutte le società, cooperative e non cooperative, indipendentemente dalla loro specifica forma giuridica, in quanto volte ad evitare che l'ente societario venga danneggiato dalla cattiva gestione degli amministratori.

⁸ Dlgs n. 220 del 2 agosto 2002. Norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, recante: «Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore», in *Guri* n. 236 dell'8 ottobre 2002.

è attribuita al Ministero delle Attività Produttive. Occorre a tale proposito sottolineare che il secondo comma dell'art. 1, sopra richiamato, espressamente precisa che tale vigilanza «è finalizzata all'accertamento dei requisiti mutualistici»;

- Testo Unico Bancario n. 385/1993⁹ in base al quale è prevista una penetrante attività di vigilanza da parte della Banca d'Italia anche nei confronti delle Banche popolari cooperative con riferimento a violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività delle banche.

Sulla base dei controlli che possono essere esercitati dalle Autorità nazionali in conformità alle disposizioni sopra indicate, è quindi possibile ottenere anche la revoca del riconoscimento di una Banca popolare come società cooperativa.

Ma senza la revoca di tale riconoscimento da parte delle autorità nazionali competenti, la Commissione europea non potrebbe certo effettuare direttamente alcun intervento ispettivo, dovendosi limitare ad accertare la conformità della normativa nazionale al diritto comunitario.

Sotto il profilo del diritto di stabilimento, la conclusione doveva necessariamente essere, pertanto, che la normativa italiana applicabile nella materia qui considerata non contiene restrizioni pregiudizievoli per le società cooperative ai sensi del combinato disposto degli artt. 43 e 48 del Trattato Ce.

In tal senso si è alla fine espressa la Commissione archiviando la procedura di infrazione contro l'Italia.

b. Limitazioni alla libertà di stabilimento pregiudizievoli per i cittadini comunitari

Alla stessa conclusione si doveva, a maggior ragione, pervenire con riferimento ad un'ipotizzata limitazione della libertà di stabilimento ai danni di cittadini comunitari.

Con riferimento ai cittadini, in quanto tali considerati, non è possibile, infatti, qualificare come attività economica liberalizzata ai sensi dell'art. 43 del Trattato Ce, l'acquisto di azioni di una Banca popolare cooperativa al solo scopo di divenirne soci, perché l'ultima frase del secondo comma dello stesso art. 43, sopra riportato, fa salve in ogni caso le disposizioni del Trattato in materia di circolazione dei capitali e l'acquisto di azioni costituisce un investimento di capitali, regolato dalla normativa che sarà più avanti esaminata.

⁹ Dlgo n. 385 del 1° settembre 1993. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in *Guri* n. 230 del 30 settembre 1993, *suppl. ord.*

Inoltre appare evidente che ai cittadini comunitari, come soci di società cooperative, vengono imposte le stesse restrizioni imposte ai cittadini nazionali, trattandosi di applicare regole che riguardano unicamente l'assetto societario delle Banche popolari cooperative.

Infine, come viene implicitamente riconosciuto dalla stessa Commissione, per quanto riguarda l'esercizio dei diritti riconosciuti ai soci di società cooperative, all'interno del sistema giuridico italiano, i cittadini comunitari godono esattamente degli stessi diritti di cui godono i cittadini italiani.

II. Divieto di introdurre restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali (artt. 56 e 58 Trattato Ce)

1. IN GENERALE

Come più sopra segnalato, secondo l'ultima frase del secondo comma dell'art. 43 del Trattato Ce, quando una normativa nazionale è suscettibile di incidere contemporaneamente tanto sulla libertà di stabilimento quanto sulla libertà di circolazione dei capitali, è quest'ultima che deve essere presa in considerazione in quanto prevalente.

L'analisi deve quindi concentrarsi sugli aspetti relativi alla libertà di circolazione dei capitali.

In effetti, mentre alla luce delle disposizioni sul diritto di stabilimento l'esame della fattispecie non ha rivelato l'esistenza di restrizioni né ai danni delle società cooperative degli altri Stati membri, né ai danni dei cittadini comunitari, a conclusioni diverse è possibile pervenire se si effettua l'esame alla luce delle disposizioni in materia di circolazione dei capitali.

In particolare, le restrizioni imposte dalla legislazione italiana in tema di società cooperative (voto capitaro, limitazione del possesso di quote di capitale, clausole di gradimento, etc.) possono limitare l'acquisto di azioni di società cooperative in Italia restringendo, quindi, la circolazione dei capitali nell'Unione europea.

Quando si tratta di restrizioni rientranti tra quelle contemplate dall'art. 56 del Trattato Ce, esse devono essere considerate illegittime.

Stabilisce infatti il primo comma dell'art. 56 del Trattato Ce che:

«1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

In linea di principio, è quindi possibile sostenere che la limitazione indiretta all'acquisto di azioni di una Banca popolare cooperativa, consistente

nella restrizione all'esercizio dei diritti di socio, finisce per disincentivare l'investimento di capitali nelle azioni delle banche medesime¹⁰.

L'art. 56 del Trattato Ce deve essere però letto e interpretato tenendo conto di quanto disposto dal successivo art. 58 e dalle direttive adottate in materia di movimenti di capitali¹¹.

L'art. 58 del Trattato Ce, appena citato, stabilisce infatti che:

«1. Le disposizioni dell'articolo 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri:

a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale,

b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

2. Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il presente trattato.

3. Le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 56».

2. IL RIFERIMENTO AL SISTEMA DELLA C.D. «GOLDEN SHARE»

Un'interpretazione ragionevole e convincente delle norme comunitarie sopra riportate, è stata fornita dalla Corte di giustizia in una serie di sentenze che hanno preso in esame tanto la legittimità della cosiddetta «Golden Share»,

¹⁰ Come già segnalato, anche se un azionista di una Banca popolare cooperativa possiede un numero consistente di azioni, lo stesso disporrà soltanto di un voto in assemblea.

¹¹ V. la direttiva n. 88/361 (Guce n. L 178 del 1988) che ha reso possibile in concreto la liberalizzazione dei capitali all'interno dell'Unione europea. Sull'applicazione degli artt. 56 e 58 del Trattato Ce, v. S. FORTUNATO - G. GODANO, Commento agli articoli 56 e 58, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, cit. supra, nota 3, rispettivamente p. 416 ss. e p. 425 ss.

quanto la legittimità della preventiva autorizzazione ministeriale prevista per l'attuazione di operazioni finanziarie.

Si tratta essenzialmente dell'interpretazione ricavabile da tre sentenze pronunciate il 4 giugno 2002 nei confronti, rispettivamente, del Portogallo¹², della Francia¹³ e del Belgio¹⁴, nonché da due sentenze pronunciate il 13 maggio 2003 nei confronti, rispettivamente, della Spagna¹⁵ e del Regno Unito¹⁶.

Tale interpretazione è strettamente connessa alla fattispecie delle cause rispettivamente decise con le sentenze predette.

Dopo tali sentenze la Corte di giustizia ha avuto ancora modo di pronunciarsi seguendo lo stesso orientamento giuridico¹⁷.

Tutte le cause appena citate riguardano società nazionali, precedentemente sottoposte al controllo pubblico, operanti o nel settore dell'energia o in quello dei trasporti o in quello delle telecomunicazioni. Si tratta, come ben si comprende, di società sulle quali in passato l'influenza della mano pubblica era determinante, in quanto, in quasi tutti i Paesi membri, le stesse o appartenevano allo Stato oppure erano, direttamente o indirettamente, gestite da organi controllati dallo Stato.

In seguito alle operazioni di privatizzazione intervenute negli anni '90, in tutti i Paesi membri i Governi nazionali hanno preteso di continuare ad esercitare in un qualche modo un certo controllo sulle predette società, mediante il ricorso a diritti speciali esercitati con la «Golden Share» oppure mediante il ricorso ad interventi ministeriali in grado di bloccare decisioni ritenute pregiudizievoli in caso di tentativi di acquisizione di quote di capitale da parte di investitori comunitari.

¹² Sentenza del 4 giugno 2002 in causa n. C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4731. Cfr. L. MARINI, *Golden Share e diritto comunitario nelle recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 489-493.

¹³ Sentenza del 4 giugno 2002 in causa n. C-483/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4781. Cfr. L. SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 671 ss.

¹⁴ Sentenza del 4 giugno 2002 in causa n. C-503/99, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4809. Cfr. E. SCHIANO, *Golden shares: Francia e Portogallo violano il Trattato CE, valida la normativa belga*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1782 ss. V. anche il commento di H. FLEISCHER, *CMLR*, 2003, p. 493 ss.

¹⁵ Sentenza del 13 maggio 2003 in causa n. C-463/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4581. Cfr. S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 427 ss.

¹⁶ Sentenza del 13 maggio 2003 in causa n. C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4641. Cfr. T. BALLARINO - L. BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. Soc.*, 2004, p. 2 ss. nonché S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amm.*, 2003, p. 2752 ss.

¹⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 28 settembre 2006 in cause riunite n. C-282/04 e n. C-283/04, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, *inedita*.

Orbene, mentre nella quasi totalità delle citate sentenze i poteri di intervento governativi sono stati dichiarati illegittimi, nella sentenza pronunciata nei confronti del Belgio¹⁸ la Corte di giustizia ha ammesso la legittimità della cosiddetta «*Golden Share*» in base alla quale l'Autorità ministeriale belga poteva bloccare le decisioni di società nazionali belghe operanti nel settore dell'energia.

La conclusione cui la Corte di giustizia è pervenuta, scaturisce da un ragionamento ben articolato, messo in evidenza nella sentenza, che puntualizza la differenza esistente tra il sistema belga e quello vigente negli altri Stati membri nei quali si faceva ugualmente ricorso o alla clausola della «*Golden Share*» oppure alla preventiva autorizzazione ministeriale.

Secondo la Corte, il sistema belga, pur prevedendo l'intervento dell'Autorità amministrativa, lo rendeva possibile solo in una fase finale di opposizione, nel senso che l'intervento poteva essere effettuato non durante il processo di deliberazione dell'atto da parte delle società considerate, ma contro l'atto una volta adottato e unicamente in ipotesi eccezionali specificatamente identificate nonché, in ogni caso, sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria.

Al contrario, la normativa nazionale esaminata dalla Corte di giustizia nelle altre cause, prevedeva l'intervento dell'Autorità ministeriale in ogni momento e non soltanto nella fase di opposizione e per di più tale intervento poteva essere esercitato in modo del tutto discrezionale.

Volendo ora operare un raffronto tra le fattispecie delle cause appena esaminate e quella delle Banche popolari, che qui interessa, balza subito all'occhio una differenza fondamentale.

Nella fattispecie delle Banche popolari cooperative non è previsto l'intervento di alcuna Autorità amministrativa in quanto tutte le decisioni spettano agli organi istituzionali delle Banche popolari, le quali decidono in base a regole imposte per legge o per statuto.

Di conseguenza, la disposizione che ha suscitato le più forti obiezioni della Commissione europea nella procedura di infrazione contro l'Italia con riferimento alla disciplina qui esaminata, vale a dire quella contenente la «clausola di gradimento» che, come sappiamo, subordina l'acquisto della qualità di socio di una Banca popolare cooperativa all'approvazione da parte del Consiglio di amministrazione della Banca medesima, sotto il controllo degli organi statutari, non potrebbe essere assolutamente contestata sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale sopra esaminata.

¹⁸ Sentenza del 4 giugno 2002 in causa n. C-503/99, *Commissione c. Belgio*, cit. *supra*, nota 14. Si veda, in particolare, E. SCHIANO, *Golden shares: Francia e Portogallo violano il Trattato CE, valida la normativa belga*, cit. *supra*, nota 14.

In effetti, la procedura prevista dall'art. 30 par. 5 del Testo Unico Bancario, approvato con il dlgs n. 385/1993, con riferimento all'applicazione della «*clausola di gradimento*»¹⁹, appare conforme ai principi posti a tutela dei diritti dei singoli.

Ed infatti l'eventuale rifiuto del gradimento

- deve essere adeguatamente motivato;
- può essere espresso unicamente qualora dovessero derivare pregiudizi per la società, per le prescrizioni statutarie o per lo spirito della forma cooperativa;
- deve essere comunicato all'interessato;
- può essere impugnato dall'interessato entro trenta giorni avanti il Collegio dei probiviri;
- il Collegio dei probiviri che esamina il ricorso è integrato con un rappresentante dell'aspirante socio;
- in caso di accoglimento del ricorso stesso da parte del Collegio dei probiviri, il Consiglio di amministrazione deve procedere ad un nuovo esame della domanda di ammissione;
- è sottoposto al giudizio dell'Autorità giudiziaria in caso di rifiuto definitivo.

3. IL RIFERIMENTO AL REGIME SPECIALE PROPRIETARIO DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE

Dall'art. 58 del Trattato Ce, sopra riportato, si deduce che possono essere posti limiti non solo basati su esigenze di natura fiscale o su necessità di controllo finanziario, ma anche con riferimento al diritto di stabilimento, se tali limiti sono compatibili con il Trattato Ce.

Secondo il par. 2 dell'art. 58 del Trattato Ce infatti:

«2. Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il presente trattato».

Orbene, tra le restrizioni che possono essere ammesse, destinate ad incidere sul diritto di stabilimento, rientrano senz'altro quelle concernenti il diritto di

¹⁹ Occorre ricordare che la c.d. «*clausola di gradimento*», come pure la soglia di partecipazione di ciascun socio al capitale delle Banche popolari e la libera circolazione delle azioni delle stesse banche limitatamente ai diritti patrimoniali (con implicito riconoscimento della loro quotazione sui mercati regolamentati) erano state introdotte nel nostro ordinamento con la legge n. 207 del 17 febbraio 1992. L'art. 2 di tale legge (ancora vigente) prevede l'estensione delle stesse regole «*anche alle società cooperative autorizzate all'esercizio dell'assicurazione*». Le regole suddette, pertanto, rientrano in un disegno preciso del legislatore italiano che le ha applicate all'intero settore finanziario cooperativo.

proprietà, anche con riferimento alla disciplina normativa dell'assetto societario delle società cooperative.

Secondo l'art. 295 del Trattato Ce, il diritto comunitario non deve condizionare l'assunzione della proprietà nell'Unione europea.

Stabilisce infatti l'art. 295 del Trattato Ce che:

«Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

Il testo della norma deve essere inteso tanto nel senso che non devono essere operate distinzioni tra proprietà pubblica e proprietà privata, quanto nel senso che non devono essere operate distinzioni tra proprietà di persone fisiche e proprietà di persone giuridiche e neppure, per quanto riguarda queste ultime, a seconda che si tratti di società ordinarie lucrative o di società cooperative.

Per quanto riguarda la disciplina relativa alle società cooperative, appare evidente che, in ogni Stato membro, l'assetto societario di una società ha stretta attinenza con il carattere proprietario della medesima²⁰.

Con riferimento, pertanto, alla normativa applicabile in Italia in materia di società cooperative, la stessa deve essere considerata una disciplina speciale in materia di proprietà tutelata dall'art. 295 del Trattato Ce.

In particolare, come appena ricordato, le società cooperative sono assoggettate, in Italia e in tutti gli altri Stati membri dell'Unione europea, ad una disciplina speciale che soltanto ad esse risulta applicabile.

Il voto capitario (un socio, un voto), la limitazione delle quote di capitale possedute dai singoli soci e la clausola di gradimento, sono infatti caratteri tipici di un regime particolare di proprietà societaria che si distingue dal regime ordinario al quale si applicano le direttive di armonizzazione in materia societaria adottate dalla Comunità europea.

Si può quindi riconoscere che le società cooperative, definite dall'art. 2511 del codice civile italiano come: «*società a capitale variabile con scopo mutualistico*» sono il prodotto di un regime speciale di proprietà di tipo societario.

Trattandosi, pertanto, di un regime particolare disciplinato espressamente per legge (regime che trova, oltretutto, per quanto riguarda l'Italia, il proprio fondamento nell'art. 45 della Costituzione) appare evidente che ad esso, per quanto riguarda la libertà di circolazione dei capitali, può essere applicato il par. 2 dell'art. 58 del Trattato Ce, sopra riportato, secondo cui «*Le disposizioni del presente capo [in materia di circolazione dei capitali] non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il presente Trattato*».

²⁰ In generale sul punto v. J. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, Il Mulino, 2005, *passim* e in particolare p. 279 ss. V. anche la presentazione di A. ZOPPINI al volume medesimo.

Orbene, proprio con riferimento ai regimi di proprietà esistenti nei singoli Stati membri, l'ordinamento comunitario, come sopra accennato, riconosce espressamente la necessità di portarvi rispetto, sulla base del citato art. 295 del Trattato Ce («*Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*»).

Se, pertanto, la normativa esistente in un determinato Stato membro, riferita al sistema proprietario (pubblico o privato, cooperativo od ordinario), implica il rispetto di regole particolari (nel nostro caso: voto capitario, limitazione della quota di capitale posseduta, clausola di gradimento), in tal caso le restrizioni che ne derivano, anche se incidono sulla circolazione dei capitali, debbono essere considerate legittime alla luce del par. 2 dell'art. 58 del Trattato Ce, pur contenendo «restrizioni in materia di diritto di stabilimento», in quanto sono compatibili con il Trattato Ce, nel senso che rispondono alle esigenze di tutela di un regime speciale di proprietà.

Un precedente, molto noto, che dimostra come la stessa Commissione europea abbia ritenuto di poter addirittura disattendere l'applicazione di norme comunitarie direttamente applicabili in materia di concorrenza, è costituito dalla legge di nazionalizzazione dell'industria carbosiderurgica francese adottata negli anni '80 (n. 82-155 dell'11 febbraio 1982)²¹.

In quel caso, anche se il settore carbosiderurgico risultava interamente assoggettato alle regole di concorrenza del Trattato Ceca, la Commissione europea non ha sollevato obiezioni contro la legge appena citata che nazionalizzava le maggiori industrie francesi del settore, giustificandola unicamente sulla base dell'art. 222 del Trattato Ce (divenuto ora art. 295) relativo al regime di proprietà. La Commissione ha quindi ammesso che la Francia poteva, cambiando la proprietà delle industrie carbosiderurgiche, passar sopra alle norme specifiche in materia di concorrenza del settore (art. 66 del Trattato Ceca) che sottoponeva le procedure di fusione delle imprese carbosiderurgiche in tutta la Comunità europea al controllo delle istituzioni comunitarie e alle regole di concorrenza del Trattato Ce.

Nella nostra fattispecie, il regime di proprietà relativo alle società cooperative era addirittura già applicabile prima dell'entrata in vigore del Trattato Ce (e questo non solo in Italia, ma in quasi tutti gli altri Stati membri) per cui, a maggior ragione, a tale regime deve essere portato rispetto sulla base dell'art. 295 del Trattato Ce.

Se, pertanto, l'osservanza delle norme disciplinanti il regime di proprietà previsto per le società cooperative, dovesse comportare restrizioni nell'applicazione di altre regole previste dal Trattato Ce, e in particolare di quelle in

²¹ Sul punto si veda F. CAPELLI, *Le nazionalizzazioni nel mercato comune*, in questa *Rivista*, 1983, p. 313.

materia di libera circolazione dei capitali, tali restrizioni dovrebbero essere accettate perché giustificate con riferimento alle norme di tutela del regime di proprietà nell'Unione europea.

4. CONSEGUENZE DOVUTE ALLA MANCANZA DI UNA ARMONIZZAZIONE A LIVELLO EUROPEO DELLE NORMATIVE SULLE SOCIETÀ COOPERATIVE

Nel corso della procedura di infrazione contro l'Italia, è stata sostenuta anche la tesi secondo cui dovrebbero essere considerati non legittimamente applicabili alle Banche popolari cooperative i criteri distintivi propri concernenti la struttura delle società cooperative (voto capitaro, clausola di gradimento, etc.).

Infatti è stato sostenuto, nel corso della procedura di infrazione, che pur dovendosi, in linea di principio, considerare legittima la disciplina italiana sulle società cooperative, la stessa disciplina non avrebbe però potuto trovare applicazione nei confronti delle Banche popolari cooperative quotate in borsa, essendo queste sfornite dei requisiti essenziali di carattere mutualistico che giustificerebbero l'applicazione ad esse di tale disciplina.

Tale tesi avrebbe potuto essere eventualmente sostenuta se esistesse una normativa comunitaria armonizzata sulle società cooperative. Ma, come è noto, non esiste a livello europeo una disciplina armonizzata in materia di società cooperative che possa fungere da parametro di riferimento per valutare la legittimità della normativa italiana applicabile in questo settore.

In verità, la conclusione a cui condurrebbe una tesi siffatta sarebbe singolare: le Banche popolari verrebbero declassate da società cooperative a società *non cooperative* e, quindi, a società ordinarie senza che sia intervenuto alcun provvedimento in tal senso da parte delle autorità di vigilanza competenti.

È stato più sopra sottolineato che per effettuare a livello comunitario una verifica della sussistenza dei requisiti indispensabili per definire «società cooperativa» un ente riconosciuto come tale dalla legislazione di uno Stato membro, occorrerebbe necessariamente che esistesse una normativa comunitaria in grado di fungere da parametro di riferimento (in particolare, occorrerebbe una direttiva comunitaria di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di società cooperative).

Ma poiché non esiste a livello comunitario una normativa del genere e poiché in ogni singolo Stato membro risulta applicabile una normativa diversa in materia di società cooperative, ne consegue che l'accertamento della presenza dei requisiti essenziali, per poter definire una determinata entità come società cooperativa, dovrà essere effettuato facendo riferimento alla disciplina nazionale specifica di ogni Stato membro.

A questa conclusione si perviene agevolmente leggendo la Comunicazio-

ne della Commissione del 23 febbraio 2004²² (cfr. punto 3.1.3) laddove viene precisato che:

«Nonostante le differenze esistenti tra le norme, come si è detto, la Commissione non intende proporre l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sulle cooperative. A giudizio di varie organizzazioni cooperative, per lo più stabilite nell'UE, la legislazione nazionale non costituisce un vincolo significativo per le loro attività nei rispettivi paesi. Il gruppo di esperti ad alto livello sul diritto societario, costituito su mandato della Commissione, ha fatto rilevare che le organizzazioni cooperative devono prendere l'iniziativa di elaborare regolamentazioni tipo sulle cooperative in vista di un ravvicinamento progressivo delle legislazioni nazionali in materia».

Come si vede, la Commissione europea ha espressamente rinunciato a disciplinare in modo armonizzato, tramite un'apposita direttiva, la materia delle società cooperative.

Ne consegue che, come sopra ricordato, si dovrà in ogni caso far sempre riferimento alla normativa nazionale in materia di società cooperative applicabile in ogni Stato membro.

Ed infatti l'unica normativa adottata in materia di società cooperative, a livello comunitario, è quella contenuta nel regolamento Ce n. 1435/2003 che disciplina lo Statuto della Società cooperativa europea²³ che verrà più avanti esaminato.

Ma, come appare logico e comprensibile, la disciplina contenuta nel regolamento n. 1435/2003 è soltanto applicabile alle società cooperative che hanno deciso di assumere la forma di società cooperativa europea, adottandone il relativo statuto.

Di contro, nei confronti di tutte le società cooperative esistenti nei vari Stati membri che sono state costituite in base alle legislazioni nazionali dei medesimi, il citato regolamento non esercita alcun impatto.

Per essere più chiari, possiamo ricordare quanto si è verificato in un settore nel quale sono sorte, a livello comunitario, problematiche analoghe: il settore dei «marchi di impresa».

Quando nella Comunità europea è stato completato il mercato unico, al 1° gennaio 1993, ci si è resi conto che, con la liberalizzazione delle frontiere comunitarie sarebbero entrati in conflitto tra loro circa ottantamila marchi di

²² Comunicazione della Commissione sulla promozione delle società cooperative in Europa, COM(2004)18 def.

²³ Regolamento (Ce) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo Statuto della Società cooperativa europea (SCE), in *Gu-Ue* n. L 207 del 18 agosto 2003, p. 1.

impresa. Si trattava dei marchi commerciali che, essendo stati precedentemente registrati in base alle norme nazionali dei singoli Stati membri, venivano utilizzati soltanto nei territori dei rispettivi Stati di origine, impedendo l'ingresso in tali territori degli altri marchi, con essi confondibili, pure regolarmente registrati nei diversi Stati membri.

Con l'avvento del mercato unico era evidente che i marchi tra loro confondibili sarebbero entrati più facilmente in conflitto, perché i prodotti con lo stesso marchio, appartenenti ad operatori diversi, potevano circolare liberamente in tutta Europa. Per limitare le conseguenze di tale problema, la Comunità europea ha quindi dovuto creare un marchio comunitario, adottando un apposito regolamento (n. 40/94)²⁴. Di conseguenza tutti coloro che attualmente desiderano creare un marchio comunitario valido per tutta l'Europa, possono registrarlo presso l'UAMI, Ufficio europeo per i marchi con sede in Alicante (Spagna). Questo marchio sarà valido in tutti i Paesi membri contemporaneamente e non potrà essere contestato se non in base alle norme comunitarie contenute nel citato regolamento n. 40/94. Ma questa eccellente trovata del marchio comunitario non avrebbe però risolto il problema degli ottantamila marchi che erano già stati registrati in base alle norme nazionali e che potevano entrare fra loro in conflitto. La Comunità europea ha quindi dovuto, mediante un'apposita direttiva d'armonizzazione, la direttiva n. 89/104²⁵, stabilire in che modo questi marchi dovevano essere comparati e valutati, quando entravano fra loro in conflitto e quali strumenti occorreva applicare per poter trovare soluzioni idonee ai vari conflitti.

Trasferendo ora questa soluzione al settore delle banche popolari cooperative, potremmo ipotizzare questo scenario. Il citato regolamento Ce n. 40/94 sul marchio comunitario, equivale al regolamento Ce n. 1435/2003 sulla società cooperativa europea, pure sopra citato, che stabilisce come la società cooperativa europea deve essere costituita e gestita per poter operare in tutti gli Stati membri. Ma per armonizzare la disciplina delle cooperative attualmente esistenti, costituite in tutti gli Stati membri secondo le leggi nazionali di tali Stati, occorrerà necessariamente adottare una direttiva di armonizzazione, vale a dire una nuova normativa europea, destinata a disciplinare in modo uniforme le cooperative operanti in Europa, armonizzando le pertinenti legislazioni nazionali applicabili nei diversi Stati membri. Nel caso di specie, però, questa normativa europea non c'è e non ci sarà neppure in futuro perché, come abbiamo in precedenza segnalato, la Commissione europea non ha alcuna intenzione di proporre l'adozione.

²⁴ Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss.

²⁵ Prima direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1 ss.

Come si vede, a differenza di quanto avviene nel settore dei marchi, la disciplina delle società cooperative risulta unicamente condizionata dalle disposizioni nazionali specificamente applicabili all'interno di ciascun Stato membro.

Ne consegue, pertanto, che la tesi sul disconoscimento dell'esistenza dei requisiti mutualistici essenziali per considerare le Banche popolari come società cooperative potrebbe essere unicamente sostenuta davanti ad organismi interni (autorità di vigilanza nazionali) sollecitando l'intervento di soggetti (soci delle società cooperative) provvisti dei necessari poteri come più sopra è stato precisato.

La tesi appena citata, al contrario, non potrebbe essere fatta valere davanti alla Commissione europea. Anche per questo la procedura di infrazione è stata archiviata.

III. Valutazioni giuridiche con riferimento alla normativa comunitaria di armonizzazione del settore bancario e a quella disciplinante la Società cooperativa europea

Le Banche popolari italiane (cooperative) sono «enti creditizi» a tutti gli effetti che svolgono un'attività consistente, tra l'altro, «*nel ricevere dal pubblico depositi o altri fondi rimborsabili e nel concedere crediti per proprio conto*».

Come tali, le Banche popolari erano quindi integralmente assoggettate, al momento dell'avvio della procedura di infrazione, alle disposizioni della direttiva comunitaria n. 2000/12²⁶ disciplinante l'accesso al mercato europeo degli Enti creditizi.

Attualmente la normativa rilevante, cui deve essere fatto riferimento per stabilire se la disciplina interna di uno Stato membro in materia bancaria sia conforme al Trattato Ce, è essenzialmente quella contenuta nella nuova direttiva n. 2006/48 del 14 giugno 2006²⁷ che ha abrogato e sostituito la predetta direttiva n. 2000/12.

Entrambe le direttive citate saranno in prosieguo esaminate.

²⁶ *Guce* n. L 126 del 26 maggio 2000, p. 1 ss.

²⁷ Direttiva n. 2006/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (rifusione), in *Gu-UE* n. L 177 del 30 giugno 2006, p. 1 ss.

1. LA DIRETTIVA CE N. 2000/12 E LA DIRETTIVA CE N. 2006/48

a. *Le regole sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi nella direttiva Ce n. 2000/12*

Se si esaminano i *considerando* della direttiva n. 2000/12, si può concludere che nessuna delle obiezioni sollevate dalla Commissione nella procedura di infrazione contro l'Italia poteva avere un valido fondamento giuridico.

I *considerando* n. 3, n. 4 e n. 5 della direttiva n. 2000/12 contenevano infatti una chiara dichiarazione di intenti e una precisa indicazione di obiettivi da raggiungere, tali da fugare ogni dubbio interpretativo in proposito.

Stabilivano infatti tali *considerando* che:

«(3) *Al fine di facilitare l'accesso all'attività degli Enti creditizi ed il suo esercizio, è necessario eliminare le differenze più rilevanti tra le legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda il regime al quale detti enti sono sottoposti.*

(4) *La presente direttiva costituisce lo strumento essenziale per la realizzazione del mercato interno decisa con l'atto unico europeo e programmata nel Libro bianco della Commissione, sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli Enti creditizi.*

(5) *I lavori di coordinamento in materia di Enti creditizi devono applicarsi a tutti questi enti, sia per proteggere il risparmio che per creare le condizioni di uguaglianza nella concorrenza tra gli enti medesimi. Tuttavia, occorre tener conto, se necessario, delle differenze obiettive dei loro statuti e dei loro compiti peculiari previsti dalle legislazioni nazionali».*

Come si può chiaramente comprendere, gli obiettivi perseguiti dalla direttiva comunitaria erano: (a) l'instaurazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in favore degli Enti creditizi europei e (b) la creazione di condizioni di uguaglianza nella concorrenza tra gli Enti creditizi medesimi.

Al contrario, era escluso che potesse rientrare, tra gli obiettivi perseguiti, anche quello di far cambiare l'assetto istituzionale degli stessi Enti creditizi così come regolato dalle leggi nazionali e dagli Statuti vigenti nei diversi Stati membri.

Un obiettivo siffatto sarebbe stato indubbiamente incompatibile con le finalità della direttiva ma soprattutto con gli scopi del Trattato Ce.

Ciò risulta infatti già segnalato al termine del *considerando* n. 5, dove si afferma:

«Tuttavia, occorre tener conto, se necessario, delle differenze obiettive dei loro Statuti [degli Enti creditizi] e dei loro compiti peculiari previsti dalle legislazioni nazionali».

Inoltre, ai *considerando* n. 14 e n. 17 la direttiva precisava in modo inequivocabile quali erano i limiti degli obiettivi perseguiti, facendo espresso riferimento alle singole attività che gli Enti creditizi dovevano poter esercitare.

I *considerando* n. 14 e n. 17 stabilivano infatti che:

«(14) L'impostazione adottata consiste, grazie al riconoscimento reciproco, nel permettere agli Enti creditizi autorizzati in uno Stato membro d'origine di esercitare in tutta la Comunità tutte o parte delle attività previste nell'elenco dell'allegato I, tramite lo stabilimento di una succursale o mediante prestazioni di servizi. L'esercizio delle attività non figuranti nell'elenco beneficia delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi secondo le disposizioni generali del trattato. (Omissis)

(17) Gli Stati membri devono vigilare affinché non vi sia alcun ostacolo a che le attività ammesse a beneficiare del riconoscimento reciproco possano essere esercitate allo stesso modo che nello Stato membro d'origine, purché non siano incompatibili con le disposizioni legali di interesse generale in vigore nello Stato membro ospitante».

Già la lettura dei *considerando* appena riportati rende evidente che lo scopo fondamentale della direttiva era quello di consentire ad un ente creditizio di un Paese membro di esercitare in un altro Paese membro l'attività che lo stesso era autorizzato ad esercitare nel proprio Paese di origine.

Ma anche il diritto di esercitare in un altro Paese membro le attività che l'ente creditizio era legittimato ad esercitare nel proprio Paese d'origine aveva dei limiti invalicabili, come stabiliva il *considerando* n. 17, in quanto tali attività non dovevano essere

«incompatibili con le disposizioni legali di interesse generale in vigore nello Stato membro ospitante».

E un riferimento esplicito alle disposizioni nazionali che dovevano essere, in ogni caso, rispettate, veniva fatto all'art. 7 della direttiva n. 2000/12 che trattava degli «Azionisti e soci» degli enti creditizi.

Ma la conferma dell'esattezza delle conclusioni sopra indicate veniva fornita, senza ombra di dubbio, dal testo dell'Allegato I riportato al termine della direttiva n. 2000/12.

Tale Allegato I riportava infatti la lista delle attività che gli Enti creditizi

potevano esercitare beneficiando del principio del mutuo riconoscimento garantito dalle norme sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento degli Enti creditizi.

Orbene, se si esaminano le attività elencate nell'Allegato I²⁸, sotto riportate, si vede subito che le stesse risultano esercitabili indipendentemente dall'assetto istituzionale societario contemplato dalle leggi nazionali degli Stati membri e indipendentemente dalla struttura imposta dai diversi testi statuari nazionali.

In particolare, l'accesso a tutte le attività indicate nell'Allegato I risulta consentito a chiunque eserciti l'attività bancaria e non può essere considerato un ostacolo al loro esercizio il fatto che per alcuni Enti creditizi (Banche popolari) vigono leggi o regole statuarie non applicabili alla generalità degli altri Enti creditizi.

Dalle considerazioni sopra svolte si deduce in modo palese che le obiezioni sollevata dalla Commissione, relative all'assetto istituzionale e statutario delle Banche popolari, non potevano avere un valido fondamento giuridico con riferimento alle disposizioni della direttiva n. 2000/12 in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

b. Le regole in tema di partecipazione azionaria nella direttiva n. 2000/12

L'esattezza delle considerazioni sopra svolte viene confermata dalle disposizioni della stessa direttiva contenute nell'art. 16, riguardanti le regole applicabili alle partecipazioni azionarie degli Enti creditizi.

²⁸ Allegato I della direttiva Ce n. 2000/12

Elenco delle attività che beneficiano del mutuo riconoscimento

1. Raccolta di depositi o di altri fondi rimborsabili
2. Operazioni di prestito
3. Leasing finanziario
4. Servizi di pagamento
5. Emissione e gestione di mezzi di pagamento (carte di credito, *travellers cheque*, lettere di credito)
6. Rilascio di garanzie e di impegni di firma
7. Operazioni per proprio conto o per conto della clientela in:
 - a. strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.)
 - b. cambi
 - c. strumenti finanziari a termine e opzioni
 - d. contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse
 - e. valori mobiliari
8. Partecipazioni alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi
9. Consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse e consulenza nonché servizi nel campo delle concentrazioni e dalla rilevazione di imprese
10. Servizi di intermediazione finanziaria del tipo *money broking*
11. Gestione o consulenza nella gestione dei patrimoni
12. Custodia e amministrazione di valori mobiliari
13. Servizi di informazione commerciale
14. Locazione di cassette di sicurezza.

Se si esaminano infatti attentamente tali disposizioni, si vede che l'obiettivo da esse perseguito era unicamente quello di permettere alle autorità competenti degli Stati membri di «*garantire una gestione sana e prudente dell'Ente creditizio*» (cfr. par. 1, secondo comma, e par. 5 dell'art. 16 della direttiva n. 2000/12).

In nessun caso la direttiva faceva invece riferimento all'opportunità o alla necessità di modificare le disposizioni istituzionali o le regole statutarie applicabili agli Enti creditizi allo scopo di disciplinare la partecipazione azionaria di investitori comunitari, in quanto ciò che contava era che gli Enti creditizi rispettassero, nella loro attività, le prescrizioni comunitarie indipendentemente dalla forma giuridica da essi assunta.

E tale mancanza di riferimento è molto significativa, per quanto riguarda la materia considerata, perché riguarda l'intera categoria degli Enti creditizi, che, di regola, operano sul mercato creditizio con la forma di società di capitali tradizionalmente intese e non con la forma di società cooperative, come sono le Banche popolari.

Se, quindi, la direttiva n. 2000/12 neppure si era preoccupata di disciplinare in modo preciso la partecipazione azionaria negli Enti creditizi tradizionali, è evidente che non avrebbe potuto pretendere di disciplinare la partecipazione azionaria nelle società cooperative, come sono le Banche popolari italiane.

c. Le regole introdotte dalla direttiva Ce n. 2006/48

Come già segnalato, la direttiva Ce n. 2000/12 è stata abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2006/48 adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 14 giugno 2006²⁹.

Poiché questa direttiva, come la precedente (n. 2000/12), disciplina l'accesso all'attività bancaria degli enti creditizi (ed il suo esercizio), è soprattutto in tale direttiva che dovrebbero essere ricercati i principi e i precetti sui quali fondare le critiche alla disciplina delle Banche popolari cooperative.

Ma se si analizzano i principi fondamentali cui si riferiscono i *considerando* della nuova direttiva n. 2006/48, si comprende immediatamente che nulla è cambiato rispetto alla normativa precedente, sopra esaminata, in quanto anche la nuova direttiva non si preoccupa minimamente di disciplinare l'assetto societario delle società (ordinarie o cooperative) che esercitano l'attività creditizia.

Basta esaminare i *considerando* più importanti per rendersene conto.

²⁹ *Cit. supra*, nota 27.

Il *considerando* n. 3 afferma che:

«La presente direttiva costituisce lo strumento essenziale per la realizzazione del mercato interno, sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli enti creditizi».

Da tale *considerando* si deduce, quindi, che per raggiungere l'obiettivo fondamentale consistente nella realizzazione del mercato interno, per quanto riguarda il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nel settore degli enti creditizi, è sufficiente dare attuazione alle prescrizioni della direttiva.

In effetti, l'esame delle disposizioni della direttiva permette di accertare che in nessun caso occorre incidere sull'assetto societario degli istituti di credito per rendere possibile la realizzazione degli obiettivi perseguiti nel settore creditizio (nel quale operano le Banche popolari). È la stessa direttiva che delimita l'ampiezza dell'intervento comunitario, come risulta dal *considerando* n. 7, secondo cui:

«È opportuno realizzare solo l'armonizzazione essenziale necessaria e sufficiente per pervenire ad un reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine».

Come si vede, il settore del credito, nel quale operano le Banche popolari, deve essere armonizzato soltanto nella misura necessaria per rendere possibile il funzionamento del mercato interno (libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi) senza necessità di ricorrere ad ulteriori interventi armonizzativi destinati ad incidere sugli assetti societari degli enti creditizi.

La limitazione di tale intervento risulta motivata nel *considerando* n. 5, secondo cui: *«occorre tener conto delle differenze obiettive dei loro [degli enti creditizi] statuti e dei loro compiti peculiari previsti dalle disposizioni nazionali».*

Nello stesso senso si esprime il *considerando* n. 8 (ultima frase) precisando che: *«La presente direttiva si limita a quanto necessario per la realizzazione di tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità».*

Tenuto conto dei principi appena enunciati, il *considerando* n. 18 fissa i limiti che devono essere osservati dagli Stati membri per consentire la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva n. 2006/48, precisando che:

«Gli Stati membri dovrebbero vigilare affinché non vi sia alcun ostacolo a che le attività ammesse a beneficiare del riconoscimento reciproco possano essere esercitate allo stesso

modo che nello Stato membro d'origine, purché non siano incompatibili con le disposizioni di legge di interesse generale in vigore nello Stato membro ospitante».

Come risulta dal testo del *considerando* n. 18, che riprende il *considerando* n. 17 della precedente direttiva Ce n. 2000/12, lo Stato membro ospitante deve consentire agli enti creditizi degli altri Stati membri di accedere al proprio mercato del credito per esercitarvi tutte le attività necessarie, alle stesse condizioni alle quali tali attività vengono esercitate dagli enti creditizi nazionali dello Stato ospitante. Viene comunque fatto salvo il diritto dello Stato membro ospitante di impedire agli enti creditizi degli altri Stati membri di esercitare attività che si rivelino «*incompatibili con le disposizioni di legge di interesse generale in vigore nello Stato membro ospitante*».

Come si vede, questa precisazione è perfettamente in linea con la disposizione del secondo paragrafo dell'art. 58 del Trattato Ce, sopra riportato, secondo cui le restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali, che derivano dall'applicazione di regole limitative in materia di diritto di stabilimento, devono essere ammesse se considerate compatibili con il Trattato Ce. Orbene, poiché come abbiamo visto nel settore del credito, gli obiettivi delle norme comunitarie di armonizzazione devono soltanto permettere l'accesso al mercato del credito e l'esercizio delle attività connesse, ne consegue che nessun'altra norma armonizzata appare necessaria per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Da ciò consegue che le disposizioni della direttiva n. 2006/48 non possono in alcun modo incidere sull'assetto societario degli enti creditizi ponendo limitazioni o divieti alle norme nazionali applicabili al settore degli enti creditizi.

2. IL REGOLAMENTO N. 1435/2003 SULLA SOCIETÀ COOPERATIVA EUROPEA

Anche nel regolamento n. 1435/2003³⁰ sulla Società cooperativa europea (SCE) si trovano le giustificazioni poste a fondamento delle risposte alle obiezioni sollevate dalla Commissione inizialmente formulate.

Con riferimento all'obiezione relativa alla illegittimità della «clausola di gradimento» occorre segnalare il testo dell'art. 14 par. 1 del regolamento n. 1435/2003 secondo cui:

«l'acquisto della qualità di socio della SCE è soggetto all'approvazione dell'organo di direzione o di amministrazione. Le decisioni di rifiuto possono essere oggetto di impugnazione dinanzi all'assemblea generale successiva alla domanda di ammissione».

³⁰ Cit. *supra*, nota 23.

Come si vede, si tratta della stessa disposizione prevista per le Banche popolari (cooperative).

Uguualmente, per quanto riguarda la limitazione del diritto di voto, si può considerare l'art. 59 par. 1 del Regolamento qui esaminato il quale recita:

«Ad ogni socio della SCE è attribuito un voto, qualunque sia il numero di quote che detiene».

Per quanto riguarda infine le obiezioni della Commissione relative al numero minimo dei soci della Società cooperativa e alle limitazioni delle quote di capitale riconosciute per ogni socio, le risposte si trovano negli artt. 2, 3, 4 e 5 del Regolamento n. 1435/2003.

Come si vede, pertanto, non sembra possibile ravvisare contrasti tra la normativa nazionale applicabile alle Banche popolari italiane e il diritto comunitario riferito alla società cooperativa europea.

A questa conclusione è alla fine pervenuta anche la Commissione, disponendo l'archiviazione della procedura di infrazione contro l'Italia.

IV. Valutazioni finali e conclusive

Dalle considerazioni in precedenza svolte si deduce che non è stato giuridicamente possibile, per la Commissione, giudicare e sindacare la legislazione vigente all'interno di uno Stato membro in quanto tale e, per di più, in base a parametri di riferimento che non risultano stabiliti nel diritto comunitario positivo.

In effetti la Commissione, in ipotesi come quella della fattispecie in esame, dovrebbe limitarsi a valutare l'esistenza di eventuali incompatibilità tra la disciplina nazionale contestata e la normativa comunitaria vigente e direttamente applicabile alla predetta fattispecie.

La Commissione, al contrario, non potrebbe formulare giudizi sulla legittimità degli obiettivi perseguiti da una normativa nazionale di uno Stato membro, basandosi sulla congruità o sull'adeguatezza degli strumenti giuridici di diritto interno utilizzati per raggiungerli.

Se in base alla normativa di uno Stato membro viene stabilito che una determinata entità giuridica rappresenta una società cooperativa secondo i principi costituzionali e legislativi dell'ordinamento giuridico di tale Stato membro, la Commissione non può giungere ad una conclusione diversa.

Nel caso di specie, la Commissione non poteva sostenere, come ha invece ritenuto di poterlo fare nella procedura di infrazione, che le Banche popolari italiane non sarebbero vere Società cooperative.

Le Banche popolari sono sorte in Italia come Società cooperative già alla fine dell'800. Nel corso del '900, ed ancora agli inizi del secolo attuale, le

Banche popolari sono state assoggettate a numerose normative specifiche che hanno trovato il loro fondamento nei codici, a partire dal codice commerciale del 1881 fino al codice civile del 1942 (e successive modifiche intervenute).

La stessa Costituzione italiana, all'art. 45, fa riferimento alla necessità di tutelare la cooperazione.

Anche la normativa specifica, attualmente applicabile, che disciplina le società cooperative e l'attività delle stesse Banche popolari (cooperative)³¹, ha espressamente ribadito la natura cooperativa e mutualistica delle Banche popolari nonché il loro assoggettamento a una gestione trasparente e aperta al mercato.

In particolare è stata introdotta la previsione legislativa:

- della iscrizione delle banche popolari all'Albo delle Società cooperative;
- di indicare nella relazione annuale i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico;
- della facoltà di determinare, nell'atto costitutivo, fissandone i criteri, la ripartizione di ristorni ai soci;
- di indicare, nella relazione al bilancio, i motivi delle deliberazioni assunte relativamente all'ammissione di nuovi soci;
- di fissare, per ciascun socio, il potere di rappresentare in Assemblea sino ad un massimo di dieci soci.

Nell'adottare tale normativa il legislatore italiano si è preoccupato di rispettare le norme e le regole di diritto comunitario, tanto quelle contenute nel Trattato Ce, quanto quelle contenute nella normativa derivata.

Stando così le cose, ci si può domandare come la Commissione avrebbe potuto dimostrare che le Banche popolari italiane non sono società cooperative.

Ne consegue, per concludere, che se per l'ordinamento giuridico italiano le Banche popolari sono, a tutti gli effetti, Società cooperative, non può essere consentito alla Commissione sostenere una interpretazione diversa.

Perché un'interpretazione diversa possa essere legittimamente sostenuta, occorrerebbe l'adozione di un atto legislativo comunitario che espressamente armonizzi le legislazioni nazionali degli Stati membri in materia di Società cooperative, portandole ad introdurre regole e principi comuni.

È evidente, infatti, che il regolamento Ce n. 1435/2003, sopra commentato, contiene unicamente le regole della Società cooperativa europea, ma non ha affatto inteso armonizzare le legislazioni nazionali applicabili in materia.

Le considerazioni sopra svolte hanno messo in evidenza l'infondatezza delle obiezioni sollevate nella procedura di infrazione inducendo la Commissione a disporre l'archiviazione.

Fausto Capelli

³¹ Cfr. le disposizioni del codice civile come modificate dal dlgo n. 6 del 17 gennaio 2003 e dal dlgo n. 310 del 28 dicembre 2004, nonché le disposizioni del Testo Unico Bancario n. 385/1993.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

CHI È RESPONSABILE SE L'ETICHETTA DEL PRODOTTO ALIMENTARE NON È CORRETTA: IL PRODUTTORE O IL DISTRIBUTORE?

Corte di giustizia

Sentenza del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05*

Lidl Italia Srl c. Comune di Arcole

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/13/Ce, artt. 2, 3 e 12 - Etichettatura dei prodotti alimentari destinati ad essere consegnati come tali al consumatore finale - Bevande con contenuto alcolico superiore all'1,2% - Indicazione obbligatoria del titolo alcolometrico volumico effettivo sull'etichetta - Inesattezza - Superamento del margine di tolleranza - Sanzione amministrativa pecuniaria - Responsabilità del distributore.

Gli artt. 2, 3 e 12 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, devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 di detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, deri-

* In argomento v. *infra*, p. 677 ss., il commento di DANIELE PISANELLO.

vante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemente una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre esso si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato da detto produttore.

(Omissis) **In diritto**

Controversia nella causa principale e questioni pregiudiziali

24. La Jürgen Weber GmbH produce in Germania una bevanda alcolica, denominata «amaro alle erbe», sulla cui etichetta viene indicato un titolo alcolometrico volumico di 35%.

25. Il 13 marzo 2003, le competenti autorità sanitarie regionali prelevavano cinque campioni di tale bevanda in un punto di vendita, appartenente alla rete della Lidl Italia, situato a Monselice.

26. Dalle analisi di tali campioni, effettuate in laboratorio il 17 marzo 2003, risultava un titolo alcolometrico volumico effettivo del 33,91%, inferiore a quello menzionato nell'etichetta del prodotto interessato.

27. Successivamente, la Lidl Italia chiedeva una controperizia. A tal fine, altri campioni del prodotto controverso venivano prelevati e le analisi di questi ultimi, effettuate da un laboratorio il 20 novembre 2003, rivelavano un titolo alcolometrico volumico effettivo che, per quanto più elevato, e cioè del 34,54%, era sempre inferiore a quello figurante sull'etichetta del detto prodotto.

28. Con verbale del 3 luglio 2003, le competenti autorità sanitarie regionali contestavano alla Lidl Italia la violazione dell'art. 12, n. 3, lett. *d.*, del decreto legislativo n. 109/92, in quanto il titolo alcolometrico volumico effettivo della bevanda in questione era inferiore a quello figurante sulla sua etichetta, tenendo conto del margine di tolleranza dello 0,3%.

29. Al termine di un procedimento amministrativo, il Comune di Arcole, con provvedimento del suo direttore generale del 23 dicembre 2004, constatava l'esistenza di un'infrazione e, ai sensi dell'art. 18, n. 3, del decreto legislativo n. 109/92, ingiungeva alla Lidl Italia di pagare una sanzione amministrativa pecuniaria di EUR 3.115.

30. La Lidl Italia proponeva ricorso contro tale provvedimento amministrativo dinanzi al Giudice di pace di Monselice.

31. Il giudice del rinvio rileva che la Lidl Italia ha sostenuto dinanzi ad esso che le prescrizioni comunitarie in materia di etichettatura dei prodotti e degli alimenti destinati ad essere consegnati come tali non si rivolgono all'operatore economico che si limita a commercializzare l'alimento, ma riguardano esclusivamente il fabbricante di tale alimento.

32. Il distributore, infatti, non potrebbe essere a conoscenza del carattere esatto o erroneo delle informazioni figuranti sull'etichetta apposta sul prodotto dal produttore e non potrebbe in nessun caso intervenire nella fabbricazione del prodotto né nella redazione dell'etichetta con la quale quest'ultimo è venduto al consumatore finale.

33. Il giudice del rinvio aggiunge che la Lidl Italia ha fatto valere inoltre che, nel diritto comunitario, il principio della responsabilità del produttore risulta anche

dalla direttiva n. 85/374.

34. Alla luce di quanto sopra, il Giudice di pace di Monselice, ritenendo che l'interpretazione della normativa comunitaria fosse necessaria per la soluzione della controversia a lui sottoposta, ha deciso di sospendere il giudizio e di proporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se la direttiva n. 2000/13/Ce (...), per quanto riguarda i prodotti preconfezionati di cui all'art. 1 della [detta] direttiva (...), debba essere interpretata nel senso che gli obblighi normativi in essa previsti, ed in particolare quelli di cui agli artt. 2, 3 e 12, debbano essere considerati imposti esclusivamente al produttore dell'alimento preconfezionato.

2. In caso di risposta affermativa al primo quesito, se gli articoli 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13/Ce debbano essere interpretati nel senso che escludono che il semplice distributore, situato all'interno di uno Stato membro, di un prodotto preconfezionato (come definito dall'articolo 1 della direttiva n. 2000/13/Ce) da un operatore situato in uno Stato membro diverso dal primo – possa essere considerato responsabile di una violazione contestata da un'Autorità pubblica, consistente nella differenza tra il valore (nella fattispecie titolo alcolometrico) indicato dal produttore sull'etichetta del prodotto alimentare preconfezionato e venga di conseguenza sanzionato anche se lo stesso (il semplice distributore) si limita a commercializzare il prodotto alimentare così come consegnato dal produttore dell'alimento stesso».

Sulle questioni pregiudiziali

35. Con le sue due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se gli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13 debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 della detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, derivante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemente una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato dal produttore.

36. L'art. 2, n. 1, della direttiva n. 2000/13 vieta in particolare che l'etichettatura e le modalità con le quali essa è effettuata inducano l'acquirente in errore su una delle caratteristiche dei prodotti alimentari.

37. Questo divieto generale è concretizzato all'art. 3, n. 1, di detta direttiva che contiene un elenco tassativo di indicazioni che devono obbligatoriamente figurare nell'etichetta dei prodotti alimentari destinati ad essere consegnati come tali al consumatore finale.

38. Per quanto riguarda le bevande con contenuto alcolico superiore all'1,2% in volume, come la bevanda denominata «amaro alle erbe» di cui trattasi nella causa principale, il punto 10 di detta disposizione impone l'indicazione del titolo alcolometrico volumico effettivo nell'etichetta delle bevande stesse.

39. Le modalità per l'indicazione del titolo alcolometrico volumico, di cui all'art. 12, secondo comma, della direttiva 2000/13, sono disciplinate dalla direttiva n. 87/250, il cui art. 3, n. 1, prevede un margine di tolleranza in più o in meno dello 0,3%.

40. Se discende così dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13 che l'etichettatura di talune bevande alcoliche, come quella di cui trattasi nella causa principale, deve indicare, salvo un certo margine di tolleranza, il titolo alcolometrico volumico effettivo di queste ultime, non è meno vero che tale direttiva, contrariamente ad altri atti comunitari che impongono obblighi in materia di etichettatura (v., in particolare, la direttiva controversa nella causa n. C-40/04, in cui è stata pronunciata la sentenza 8 settembre 2005, *Yonemoto*, in *Raccolta*, I, p. 7755), non designa l'operatore che deve adempiere tale obbligo in materia di etichettatura e non contiene neppure alcuna norma ai fini della designazione dell'operatore che può essere considerato responsabile in caso di violazione di detto obbligo.

41. Pertanto, non risulta dalla formulazione degli artt. 2, 3 e 12 né del resto da quella di altre disposizioni della direttiva n. 2000/13 che, in forza di detta direttiva, il controverso obbligo in materia di etichettatura sia, come sostiene la Lidl Italia, imposto esclusivamente al produttore di tali bevande alcoliche o che tale direttiva escluda che il distributore sia considerato responsabile in caso di violazione di questo stesso obbligo.

42. D'altro canto, secondo una giurisprudenza costante, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto del suo tenore letterale, ma anche del sistema e del contesto della norma e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in questo senso, in particolare, sentenze 17 settembre 1997 in causa n. C-83/96, *Dega*, in *Raccolta*, I, p. 5001, punto 15, e 13 novembre 2003 in causa n. C-294/01, *Granarolo*, in *Raccolta*, I, p. 13429, punto 34).

43. Orbene, da un esame sistematico degli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13, del contesto in cui essi si collocano nonché degli obiettivi perseguiti da tale direttiva risulta una serie sufficiente di indizi concordanti che consentono di giungere alla conclusione che la direttiva stessa non osta ad una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, ai sensi della quale un distributore può essere considerato responsabile di una violazione dell'obbligo in materia di etichettatura imposto da dette disposizioni.

44. Infatti, per quanto riguarda, in primo luogo, il sistema delle citate disposizioni della direttiva n. 2000/13 e il contesto nel quale esse si collocano, è importante rilevare che altre disposizioni di tale direttiva si riferiscono ai distributori nell'ambito dell'adempimento di taluni obblighi in materia di etichettatura.

45. Ciò si verifica in particolare nel caso dell'art. 3, n. 1, punto 7, di detta direttiva, che include tra le indicazioni obbligatorie in materia di etichettatura «il nome o la ragione sociale e l'indirizzo del fabbricante o del condizionatore o di un venditore stabilito nella Comunità».

46. Per quanto riguarda la disposizione, identica a quella di tale punto 7, di cui all'art. 3, n. 1, punto 6, della direttiva del Consiglio 18 dicembre 1978, n. 79/112/Cee, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità (*Guce* 1979, n. L 33, p. 1), direttiva abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2000/13, la Corte ha già dichiarato che tale disposizione ha come obiettivo principale quello di consentire che i responsabili del prodotto, tra i

quali, oltre ai produttori e ai condizionatori, si trovano anche i venditori, siano facilmente identificabili dal consumatore finale affinché quest'ultimo possa, se del caso, comunicare loro le sue critiche positive o negative relative al prodotto acquistato (v., in questo senso, citata sentenza *Dega*, punti 17 e 18).

47. Per quanto riguarda, in secondo luogo, la finalità della direttiva n. 2000/13, sia dal sesto *considerando* di tale direttiva sia dal suo art. 2 discende che essa è stata concepita con l'intento di informare e tutelare il consumatore finale dei prodotti alimentari, segnatamente per quanto concerne la natura, l'identità, le qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine o la provenienza e il modo di fabbricazione o di ottenimento di questi prodotti (v., per quanto riguarda la direttiva n. 79/112, citata sentenza *Dega*, punto 16).

48. La Corte ha dichiarato che, se una materia non è disciplinata da una direttiva a causa dell'armonizzazione incompleta che essa comporta, gli Stati membri restano in linea di principio competenti a prescrivere norme in materia, purché tuttavia tali norme non siano tali da compromettere seriamente il risultato prescritto dalla direttiva di cui trattasi (citata sentenza *Granarolo*, punto 45).

49. Orbene, una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che prevede, in caso di violazione di un obbligo in materia di etichettatura imposto dalla direttiva n. 2000/13, la responsabilità non solo dei produttori ma anche dei distributori non è assolutamente tale da compromettere il risultato prescritto da tale direttiva.

50. Al contrario, una siffatta normativa, in quanto dà una definizione ampia della cerchia degli operatori che possono essere considerati responsabili di violazioni degli obblighi in materia di etichettatura contenuti nella direttiva n. 2000/13, è manifestamente idonea a contribuire al conseguimento dell'obiettivo di informazione e di protezione del consumatore finale dei prodotti alimentari perseguito da tale direttiva.

51. Questa conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento, sollevato dalla Lidl Italia sia dinanzi al giudice del rinvio sia dinanzi alla Corte, secondo il quale il diritto comunitario imporrebbe il principio della responsabilità esclusiva del produttore per quanto riguarda l'esattezza delle indicazioni figuranti nell'etichetta dei prodotti destinati ad essere consegnati come tali al consumatore finale, principio che risulterebbe anche dalla direttiva n. 85/374.

52. Al riguardo, si deve innanzi tutto constatare che il diritto comunitario non sancisce un siffatto principio generale.

53. Al contrario, anche se il regolamento n. 178/2002 non è applicabile *ratione temporis* ai fatti della causa principale, dall'art. 17, n. 1, di detto regolamento, intitolato «Obblighi», risulta che spetta agli operatori del settore alimentare garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte.

54. Per quanto riguarda poi la direttiva n. 85/374, è giocoforza constatare che tale direttiva non è pertinente nel contesto di una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale.

55. Infatti, la responsabilità del distributore per infrazioni alla normativa in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, che espone detto distributore in particolare al pagamento di sanzioni amministrative pecuniarie, è estranea al campo di applicazione

specifico del regime di responsabilità oggettiva istituito dalla direttiva n. 85/374.

56. Pertanto, gli eventuali principi in materia di responsabilità che la direttiva n. 85/374 comporterebbe non sono trasponibili nel contesto degli obblighi in materia di etichettatura prescritti dalla direttiva n. 2000/13.

57. In ogni caso, la direttiva n. 85/374 prevede effettivamente, al suo art. 3, n. 3, una responsabilità, per quanto limitata, del fornitore nella sola ipotesi in cui il produttore non possa essere individuato (sentenza 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03, *Skov e Bilka*, in *Raccolta*, I, p. 199, punto 34).

58. Infine, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte relativa all'art. 10 CE, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (v., in particolare, sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, I, p. 3565, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

59. Nei limiti così posti dal diritto comunitario, spetta in linea di principio al diritto nazionale fissare le modalità secondo le quali un distributore può essere considerato responsabile di una violazione dell'obbligo in materia di etichettatura imposto dagli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13 e, in particolare, disciplinare la ripartizione delle responsabilità rispettive dei vari operatori che intervengono nell'immissione in commercio del prodotto alimentare considerato.

60. Alla luce di tutto quanto precede, occorre risolvere le questioni sollevate dichiarando che gli artt. 2, 3 e 12 di direttiva n. 2000/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 di detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, derivante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemente una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre esso si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato da detto produttore.

(Omissis)

**LA DISCIPLINA IN MATERIA DI ETICHETTATURA
DEI PRODOTTI ALIMENTARI À LA CROISÉE DES CHEMINS.
COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DEL 23 NOVEMBRE 2006 IN CAUSA N. C-315/05**

Sommario: **I.** *Premesse* - **II.** *Le questioni pregiudiziali e la decisione della Corte di giustizia: rilevanza della normativa nazionale in tema di disciplina sanzionatoria in ragione della parziale armonizzazione della direttiva n. 2000/13/Ce* - **III.** *Gli obiter dicta e il coordinamento della disciplina in tema di etichettatura con le disposizioni del regolamento n. 178/2002/Ce.*

I. Premesse

La legislazione in materia di produzione e commercializzazione di prodotti alimentari nel mercato unico è stata oggetto negli ultimi anni di una profonda opera di revisione sia dal punto di vista sostanziale, relativamente alle posizioni di garanzia proprie degli operatori economici, sia dal punto di vista formale, attraverso l'abrogazione delle numerose direttive verticali (di prodotto) e la loro sostituzione con regolamenti, direttamente applicabili. Tale riforma ha perseguito come dichiarati obiettivi di politica alimentare, la semplificazione delle numerose e minuziose disposizioni, in precedenza applicabili, la concentrazione delle responsabilità sugli operatori alimentari e la "responsabilizzazione" di questi ultimi¹.

La legislazione alimentare persegue due funzioni generali: l'una di tutela della salute dei consumatori attraverso le norme igienico-sanitarie, l'altra avente ad oggetto la tutela degli interessi economici dell'acquirente finale (consumatore), affidata essenzialmente alle disposizioni sull'etichettatura, la pubblicità

¹ Si veda «Libro Verde della Commissione sui principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione europea», Doc. Com(1997)176 def. e «Libro Bianco sulla sicurezza alimentare» del 12 gennaio 2000, Doc. Com(1999)719 def. Su questi temi F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 391 e L. COSTATO, *Principi di diritto alimentare*, in *Dir. e giur. agr. e dell'amb.*, 2002, p. 348.

e, più in generale, la presentazione del prodotto².

La fonte principale della legislazione alimentare è il regolamento n. 178/2002/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 «che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare»³, integrato da una serie di normative contenute in altri atti legislativi, regolamenti, direttive e decisioni, di natura verticale concernenti le diverse categorie di prodotto⁴.

Tale regolamento, centrale nella legislazione alimentare, che ha lo scopo di «garantire un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori», contiene «i principi generali da applicare nella Comunità e a livello nazionale in materia di alimenti e mangimi in generale, e di sicurezza degli alimenti e dei mangimi in particolare» (art. 1, par. 1 e 2 del regolamento n. 178/2002/Ce).

Devesi segnalare che, all'interno della legislazione alimentare⁵, la disciplina relativa alla etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimen-

² Sul punto F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori*, cit. supra, nota 1.

³ In *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss. Per una prima lettura organica del regolamento v. AA.VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (reg. n. 178/02/CE del Parlamento europeo e del Consiglio)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, nn. 1-2. Per una introduzione al diritto alimentare: V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti, profili civili, penali e amministrativi*, Padova, Cedam, 2003; F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006 e R. O'ROURKE, *European Food Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2005.

⁴ Le disposizioni del regolamento n. 178/2002/Ce sugli obblighi generali di sicurezza sono state implementate dal c.d. pacchetto igiene, un insieme di regolamenti e direttive in materia di igiene e relativi controlli. I principali atti costituenti il pacchetto igiene sono: regolamento n. 852/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «sull'igiene dei prodotti alimentari», in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 3 ss.; regolamento n. 853/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «che stabilisce norme specifiche in materia d'igiene per gli alimenti di origine animale», in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 22 ss.; regolamento n. 854/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano», in *Gu-Ue* n. L 226 del 25 giugno 2004, p. 83 ss.; regolamento n. 882/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali», in *Gu-Ue* n. L 191 del 28 maggio 2004, p. 1 ss. e la direttiva n. 2004/41/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «che abroga alcune direttive recanti norme sull'igiene dei prodotti alimentari e le disposizioni sanitarie per la produzione e la commercializzazione di determinati prodotti di origine animale destinati al consumo umano e che modifica le direttive n. 89/662/Cee del Consiglio e n. 92/118/Cee e la decisione n. 95/408/Ce del Consiglio», in *Gu-Ue* n. L 195 del 2 giugno 2004, p. 12 ss. Esulando dall'oggetto del presente contributo, si omette la dettagliata elencazione dei restanti atti di attuazione, rinviando per approfondimenti a F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari e legislazione*, Bologna, Edagricole, 2006; M. ASTUTI - F. CASTOLDI, *Pacchetto igiene, le nuove norme comunitarie*, Lavis, Il Sole 24 Ore, 2006; F. CAPELLI, *La Direttiva "Killer", le norme di igiene e le sanzioni applicabili nel settore alimentare a partire dal 1° gennaio 2006*, in *Alimenta*, 2006, n. 5, p. 100.

⁵ In base all'art. 3, n. 1. del regolamento n. 178/2002/Ce, la legislazione alimentare è l'insieme delle «leggi, regolamenti e disposizioni amministrative riguardanti gli alimenti in generale, e la sicurezza degli alimenti in particolare, sia nella Comunità che a livello nazionale» relativa a «tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti e anche dei mangimi prodotti per gli animali destinati alla produzione alimentare o ad essi somministrati».

tari, è contenuta nella direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità⁶, recepita dall'ordinamento italiano con dlgo n. 109/92⁷.

Sia la direttiva che il decreto di recepimento sono però formulati in chiave oggettiva, giacché le disposizioni ivi contenute evitano di indicare i destinatari degli obblighi e delle relative sanzioni in tema di etichettatura dei prodotti alimentari «preconfezionati», prodotti cioè finiti, pronti per essere offerti in vendita tal quali al consumatore⁸.

Si deve inoltre sottolineare che la disciplina sanzionatoria per le violazioni del dlgo n. 109/92 prevede principalmente l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, soggette al procedimento di cui alla legge n. 689 del 24 novembre 1981 (Modifiche al sistema penale),⁹ in eventuale concorso con ipotesi di reato come la frode in commercio¹⁰. Occorre poi precisare che

⁶ In *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss. più volte modificata. In argomento: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2002, p. 239 ss.; V. MAGLIO, *La trasparenza dei prodotti alimentari: la funzione dell'etichettatura nella tutela del consumatore*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2001, p. 311 ss.; V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 3, p. 320-323 e R. O'ROURKE, *European Food Law*, cit. supra, nota 3, p. 55-74 e p. 129-138.

⁷ Dlgo n. 109 del 27 gennaio 1992, «Attuazione delle direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari», in *Guri* n. 39 del 17 febbraio 1992, più volte modificato ed integrato.

⁸ Più precisamente per «prodotto alimentare in imballaggio preconfezionato» si intende «l'unità di vendita destinata ad essere presentata come tale al consumatore finale ed alle collettività, costituita da un prodotto alimentare e dall'imballaggio in cui è stato confezionato prima di essere messo in vendita, avvolta interamente o in parte da tale imballaggio, ma comunque in modo che il contenuto non possa essere modificato senza che l'imballaggio sia aperto o alterato» (art. 1, par. 3, lett. b. direttiva n. 2000/13/Ce). Si osserva anche che nell'ordinamento italiano, in aggiunta alla nozione di prodotto «preconfezionato», esiste una diversa fattispecie: il prodotto alimentare «pre-incartato» definito dall'art. 2, 2° comma, lett. d. come «l'unità di vendita costituita da un prodotto alimentare e dall'involucro nel quale è stato posto o avvolto negli esercizi di vendita». Interessante, in tema di distinzioni tra le due categorie di prodotti alimentari, cui conseguono diversi obblighi di etichettatura, la decisione della Cassazione civile, sez. I, 13 settembre 2002 n. 13412 (*Benoit Lheureux*) secondo cui «costituisce "prodotto alimentare preconfezionato" quello che corrisponde alle caratteristiche stabilite dalla disposizione dell'art. 1, comma 2, lett. b. del d.lg. n. 109 del 1992 senza che abbia rilievo qualsiasi riferimento al luogo di confezionamento. Ne consegue che tale prodotto, sia esso imballato all'interno dello stesso esercizio di vendita o in un luogo diverso, deve indicare in etichetta il termine minimo di conservazione con la conseguenza che, ai sensi delle lett. b. e d. della predetta disposizione normativa, la differenza tra prodotto alimentare "preconfezionato" e prodotto "preincartato" – per il primo dei quali soltanto esiste l'obbligo di indicazione del termine minimo di conservazione – non va individuata in ragione del luogo in cui avviene l'imballaggio, bensì delle caratteristiche dell'imballaggio stesso». Sul tema, in senso critico rispetto alla giurisprudenza sviluppatasi sul punto: G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004, p. 9 ss.

⁹ In *Guri* n. 329 del 30 novembre 1981.

¹⁰ La sussistenza di un rapporto di specialità tra il dlgo n. 109/92 (art. 2) e l'art. 515 c.p. è stato escluso dalla Cassazione penale n. 16062 del 20 aprile 2001, in *DVD JurisData*. Sul tema delle frodi alimentari, V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 3, e C. CORRERA, *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, Milano, Giuffrè, 2002. Per dovere di esposizione si precisa che la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari può anche essere oggetto di un pro-

l'irrogazione di sanzioni amministrative, in quanto soggette ai principi generali di cui alla legge n. 689/81, richiede la sussistenza della condotta materiale e – almeno – della «colpa», la cui insussistenza è onere dell'ingiunto dimostrare.

Con riferimento al contesto brevemente delineato, acquista ora rilievo la sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05, *Lidl Italia Srl c. Comune di Arcole* (d'ora in avanti sentenza *Lidl*), che ha fornito la risposta a due questioni pregiudiziali introdotte dal Giudice di pace di Monselice, adito ex legge n. 689/81 dal legale rappresentante della catena distributiva Lidl sanzionato per aver posto in vendita una bevanda alcolica denominata «amaro alle erbe», sulla cui etichetta era indicato un titolo alcolometrico volumico di 35% non corrispondente a quello effettivo (33,91%)¹¹.

II. Le questioni pregiudiziali e la decisione della Corte di giustizia: rilevanza della normativa nazionale in tema di disciplina sanzionatoria in ragione della parziale armonizzazione della direttiva n. 2000/13/Ce

Le due questioni pregiudiziali formulate dal giudice remittente sono state le seguenti:

1. Se la direttiva n. 2000/13/Ce (...), per quanto riguarda i prodotti preconfezionati di cui all'art. 1 della [detta] direttiva (...), debba essere interpretata nel senso che gli obblighi normativi in essa previsti, ed in particolare quelli di cui agli artt. 2, 3 e 12, debbano essere considerati imposti esclusivamente al produttore dell'alimento preconfezionato;

2. In caso di risposta affermativa al primo quesito, se gli artt. 2, 3 e 12 della direttiva n. 2000/13/Ce debbano essere interpretati nel senso che escludono che il semplice distributore, situato all'interno di uno Stato membro, di un prodotto preconfezionato (come definito dall'art. 1 della direttiva n. 2000/13/Ce) da un operatore situato in uno Stato membro diverso dal primo - possa essere considerato responsabile di una violazione contestata da un'Autorità pubblica, consistente nella differenza tra il valore (nella fattispecie titolo alcolometrico) indicato dal produttore sull'etichetta del prodotto alimentare preconfezionato e venga di conseguenza sanzionato anche se lo stesso (il semplice distributore) si limita a commercializzare il prodotto alimentare così come consegnato dal produttore dell'alimento stesso.

cedimento da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come pure dell'Autorità garante per le comunicazioni.

¹¹ Ad avviso dello scrivente, il soggetto "ingannato" non sembra essere stato tanto il consumatore, acquirente di una bottiglia di amaro avente solo nominalmente un volume alcolometrico del 35%, quanto il venditore finale probabilmente ignaro del mendacio, invero di rilevanza minima, dedotto in contestazione.

La Corte, come già l'Avvocato Generale,¹² non ha dubbi: «la direttiva 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, devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 di detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, derivante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemente una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre esso si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato da detto produttore».

A questa conclusione la Corte è giunta in base ai consueti canoni interpretativi di una direttiva, secondo cui, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario, si deve tener conto non soltanto del suo tenore letterale, ma anche del sistema, del contesto della norma e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte.

Orbene, dal tenore letterale della direttiva n. 2000/13/Ce non è dato evincere quale sia l'ambito soggettivo delle disposizioni in materia di etichettatura, se cioè la responsabilità incomba esclusivamente sul fabbricante del prodotto finito («preconfezionato»), oppure anche su altri soggetti, *in primis*, il commerciante al dettaglio¹³.

Dovendo quindi allargare l'indagine anche al sistema, al contesto e alla *ratio* della disciplina, il testo della direttiva n. 2000/13/Ce, come pure la previgente direttiva n. 79/112/Cee, contiene, come unici riferimenti potenzialmente utilizzabili per la risoluzione delle questioni pregiudiziali poste: *a.* il *considerando* n. 6 secondo cui «qualsiasi regolamentazione relativa all'etichettatura dei prodotti alimentari deve essere fondata anzitutto sulla necessità di informare e tutelare i consumatori»; *b.* la definizione di prodotto alimentare preconfezionato di cui all'art. 1, par. 3, lett. *b.*; *c.* l'art. 3, n. 1 punto 7 recante l'obbligo di menzionare in etichetta «il nome o la ragione sociale e l'indirizzo del fabbricante o del condizionatore o di un venditore stabilito nella Comunità».

¹² Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate il 12 settembre 2006, disponibili sul sito istituzionale della Corte di giustizia.

¹³ Per commercio al dettaglio si intende «l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende, su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale» (cfr. art. 4, lett. *b.* del dlvo 31 marzo 1998, n. 114 – «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59», in *Guri* n. 95 del 24 aprile 1998, *suppl. ord.*

Quest'ultima disposizione, secondo la giurisprudenza della Corte deve essere intesa come rispondente all'obiettivo principale di «consentire che i responsabili del prodotto, tra i quali, oltre ai produttori e ai condizionatori, si trovano anche i venditori, siano facilmente identificabili dal consumatore finale affinché questi possa, se del caso, comunicare loro le sue critiche positive o negative relative al prodotto acquistato»¹⁴.

Si aggiunga che questa disposizione, già presente nella precedente direttiva n. 79/112/Cee e così recepita dall'art. 3 del dpr n. 322 del 18 maggio 1982¹⁵, è stata interpretata dalla Corte di cassazione nel senso che «l'art. 3, lett. h., d.p.r. 18 maggio 1982 n. 322 - secondo il quale l'etichettatura dei prodotti alimentari deve indicare "la sede del fabbricante o del confezionatore o di un venditore stabilito nella Comunità economica europea" - va interpretato nel senso che la locuzione "stabilito nella Comunità" si riferisce al solo venditore»¹⁶.

A ben riflettere, dunque, la disposizione richiamata dalla Corte di giustizia riguarda un obbligo di informazione che nulla ha a che vedere con la responsabilità per la relativa violazione, mirando piuttosto a rendere possibile, nell'interesse del consumatore, l'individuazione del soggetto civilmente responsabile per eventuali vizi, difetti o difformità.

Posta questa precisazione, si deve riconoscere che le sole categorie di riferimento per la disposizione dell'art. 3, n. 1, punto 7 della direttiva n. 2000/13/Ce sono quelle della responsabilità civile di tipo contrattuale per vizi della cosa o di tipo extracontrattuale per danni del prodotto oggetto di scambio. Nel primo caso, la disposizione (nazionale) che impone l'indicazione del produttore o di un venditore stabilito nell'Unione europea, non è – come noto – elemento necessario per azionare la responsabilità per vizi ex art. 1494 c.c. Lo stesso dicasi per il secondo titolo di responsabilità, declinato nella fattispecie dell'illecito aquiliano, mentre per le ipotesi di responsabilità per danno da prodotto difettoso, la disciplina, armonizzata a livello comunitario sin dal 1985¹⁷, prevede la responsabilità meramente sussidiaria e residuale del vendi-

¹⁴ Cfr. sentenza *Lidl*, punto 46.

¹⁵ Oggi sostituito dall'art. 3, lett. e., dlgo n. 109/92.

¹⁶ Cfr. Cass. 22 aprile 1998, n. 4079, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2131.

¹⁷ Cfr. direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29. Per il recepimento di tale direttiva nell'ordinamento italiano si veda il decreto del Presidente della Repubblica n. 224 del 24 maggio 1988, «Attuazione della direttiva Cee numero 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi dell'art. 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183», in *Guri* n. 146 del 23 giugno 1988. La disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso, modificata dal dlgo n. 25 del 2 febbraio 2001, attuazione della direttiva n. 1999/34/Ce, è oggi confluita nel dlgo n. 206 del 6 settembre 2005, «Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229», in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*, sub Titolo II della Parte IV, artt. 114-127. In tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso,

tore per il caso che il produttore non sia individuato dal consumatore¹⁸. Con la sentenza in rassegna, però, si è espressamente escluso qualsiasi margine di inter-relazione tra la direttiva n. 2000/13/Ce e la direttiva n. 85/374/Cee¹⁹, ragione per la quale il richiamo dell'art. 3, n. 1, punto 7 della direttiva n. 2000/13/Ce perde valenza argomentativa ai fini della individuazione dei confini di responsabilità (sanzionata con pene amministrative) dei diversi operatori alimentari.

E, infatti, il nucleo centrale della motivazione è fondato sul riconoscimento che la direttiva n. 2000/13/Ce ha dato luogo ad un'armonizzazione incompleta per quanto attiene l'identificazione dei soggetti tenuti ad osservare gli obblighi di conformità e, conseguentemente, esposti al rischio delle sanzioni previste dall'ordinamento dello Stato membro nel quale le infrazioni vengono contestate.

Da questo assunto, discende il ricorso a quella giurisprudenza della Corte di giustizia in base alla quale, se una materia non è disciplinata da una direttiva comportante un'armonizzazione completa, gli Stati membri restano in linea di principio competenti a prescrivere norme in materia, purché le norme non siano tali da compromettere seriamente il risultato prescritto dalla direttiva di cui trattasi²⁰.

Posta in questi termini la fattispecie, è facile per la Corte sostenere che una normativa nazionale, come quella della causa principale, che può riferirsi, in caso di violazione di un obbligo in materia di etichettatura imposto dalla direttiva n. 2000/13/Ce, tanto alla responsabilità del produttore quanto a quella dei distributori, non è tale da pregiudicare il risultato perseguito da tale direttiva. Di più, questa normativa è giudicata dalla Corte come «manifestamente idonea» a contribuire al conseguimento dell'obiettivo di informazione e di protezione del consumatore finale dei prodotti alimentari²¹.

Tale affermazione – in sé perentoria – può forse essere corretta osservando che i fattori funzionali al raggiungimento di uno scopo (idoneità all'obiettivo perseguito), cioè l'informazione del consumatore, non possono ridursi esclusivamente ad un allargamento della cerchia dei soggetti obbligati a ga-

senza pretesa di completezza, si veda: G. ALPA - M. BIN - P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XIII, Padova, Cedam, 1989; F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 995 ss.; G. PONZANELLI, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 792.

¹⁸ Con sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03, *Skov e Bilka*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 199 la Corte di giustizia ha escluso che, in base alla armonizzazione avvenuta sul tema, una legislazione nazionale possa prevedere un autonomo titolo di responsabilità oggettiva in capo al distributore.

¹⁹ Cfr. sentenza *Lidl*, punti da 54 a 57.

²⁰ Cfr. F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, p. 755.

²¹ Cfr. sentenza *Lidl*, punto 49 s.

rantire la conformità dei prodotti alle norme applicabili. Sul punto si tornerà più avanti, premendo qui porre la seguente precisazione: il giudice comunitario non si è pronunciato nel senso della indefettibilità della responsabilità dei distributori per le violazioni delle norme sull'etichettatura; ha, invece, stabilito che considerare i distributori tra i soggetti responsabili per inottemperanze agli obblighi previsti non è astrattamente in contrasto con la direttiva n. 2000/13/Ce, alla luce dell'obbiettivo di tutela del consumatore.

Tradotta negli schemi propri dell'ordinamento italiano, questa statuizione della Corte non innova quanto si può desumere *de iure condito* dal citato dlgvo n. 109/92 e dalla legge pure citata n. 689/81, secondo cui – come si ricava dall'interpretazione dell'autorità giudiziaria – deve escludersi l'esistenza di una responsabilità oggettiva, dovendosi al contrario ritenere imprescindibile, anche per l'irrogazione di sanzioni amministrative, l'elemento della colpa.

III. Gli *obiter dicta* ed il coordinamento della disciplina in tema di etichettatura con le disposizioni del regolamento n. 178/2002/Ce

Da quanto in precedenza chiarito, la *quaestio iuris* posta all'attenzione della Corte potrebbe essere considerata risolta. Ma il giudice comunitario ha avuto cura di completare la sua statuizione con un paio di riferimenti al regolamento n. 178/2002/Ce, sulla cui portata è opportuno soffermarsi.

Con un primo *obiter dictum*²², la Corte ritiene che il regolamento n. 178/2002/Ce non sia applicabile al caso di specie perché i fatti contestati nella causa principale sono stati compiuti prima dell'entrata in vigore degli artt. 1-21 del regolamento stesso (1° gennaio 2005)²³. Da ciò dovrebbe quindi dedursi che, secondo la Corte, se le disposizioni dei capi I e II del regolamento n. 178/2002/Ce fossero state applicabili alla fattispecie di causa, avrebbero contribuito alla soluzione delle questioni pregiudiziali in essa sollevate, anche se riguardanti la tutela degli interessi economici dell'acquirente-consumatore di prodotti alimentari.

Dovrebbe trarsene, a rigore, un canone interpretativo secondo cui la normativa in tema di etichettatura e, conseguentemente, la delimitazione degli obblighi e delle responsabilità degli operatori alimentari in *subiecta materia*, deve essere coordinata con il sovra-ordinato regolamento n. 178/2002/Ce, recante i principi e gli obblighi generali della legislazione alimentare.

Il ragionamento della Corte, per quanto non esplicitato dalla motivazione della sentenza, sembrerebbe basato sulla circostanza che, rientrando la disciplina della etichettatura nella nozione di «legislazione alimentare», la stessa

²² Cfr. sentenza *Lidl*, punto 53.

²³ Cfr. art. 65, comma 2° del regolamento n. 178/2002/Ce.

sia soggetta ai principi generali ed ai requisiti specifici posti dal regolamento n. 178/2002/Ce.

Ciò spiegherebbe il richiamo della Corte all'art. 17 del regolamento n. 178/2002/Ce per affermare che «risulta che spetta agli operatori del settore alimentare garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte».²⁴ La Corte, dopo questa puntualizzazione, non indugia, però, in altre precisazioni, né fornisce elementi utili per approfondire gli obblighi scaturenti dalla direttiva n. 2000/13/Ce e le responsabilità connesse.

Orbene, il collegamento tra la direttiva sulla etichettatura dei prodotti alimentari e il regolamento n. 178/2002/Ce è ricavabile dall'art. 1 di tale regolamento che, come già anticipato, fa rientrare nel suo campo di applicazione non solo la tutela della salute del consumatore ma anche quella dei suoi interessi economici. Tuttavia, se è pacifico che la disciplina in tema di etichettatura rientri nella nozione di legislazione alimentare, non è altrettanto pacifico che le regole sull'etichettatura dei prodotti alimentari e, soprattutto, le responsabilità connesse all'inosservanza di tali regole, siano interamente condizionate dal regolamento n. 178/2002/Ce.

Invero, esaminando gli articoli *sub* capi I (artt. 1-3) e II (artt. 4-20), si nota subito che il regolamento n. 178/2002/Ce si occupa in via principale degli aspetti sanitari connessi alle operazioni di produzione e commercializzazione degli alimenti, prendendo in considerazione il tema della etichettatura solo in quanto questa influisce sulla sicurezza del consumo alimentare.

L'art. 14 del regolamento n. 178/2002/Ce (requisiti di sicurezza degli alimenti), nel delineare la nozione di alimento «a rischio», con l'indicazione degli obblighi di protezione posti a carico dell'operatore alimentare, fa riferimento anche alle «informazioni messe a disposizione del consumatore, comprese le informazioni riportate sull'etichetta o altre informazioni generalmente accessibili al consumatore sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute provocati da un alimento o categoria di alimenti»²⁵. Identica impostazione si trova all'art. 18 in tema di rintracciabilità ove si pone in essere un collegamento tra la funzione di rintracciabilità, che è uno strumento di gestione della sicurezza alimentare, e l'etichettatura (par. 4).

Ulteriore conferma si trae dalla lettura delle altre disposizioni in materia di sicurezza alimentare contenute, ad esempio, nel regolamento n. 2073/2005/Ce sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari²⁶

²⁴ Cfr. sentenza *Lidl*, punto 53.

²⁵ Cfr. art. 14, par. 3 del regolamento n. 178/2002/Ce.

²⁶ Cfr. regolamento n. 2073/2005/Ce della Commissione del 15 novembre 2005 sui criteri mi-

nella parte in cui si prevede l'obbligo della menzione di particolari avvertenze d'uso sulle confezioni di taluni alimenti soggetti *naturaliter* a contaminazione batteriologica.

In particolare, al di fuori dell'ambito afferente alla tutela della salute della persona-consumatore, il regolamento n. 178/2002/Ce demanda la tutela degli interessi economici degli acquirenti-consumatori alla pertinente legislazione in materia di etichettatura, pubblicità e presentazione degli alimenti. In tal senso, *expressis verbis*, l'art. 16 del regolamento n. 178/2002/Ce stabilisce che «fatte salve disposizioni più specifiche della legislazione alimentare, l'etichettatura, la pubblicità e la presentazione degli alimenti o mangimi, compresi la loro forma, il loro aspetto o confezionamento, i materiali di confezionamento usati, il modo in cui gli alimenti o mangimi sono disposti, il contesto in cui sono esposti e le informazioni rese disponibili su di essi attraverso qualsiasi mezzo, non devono trarre in inganno i consumatori»²⁷.

Ad avviso dello scrivente, questa disposizione impedisce di ricondurre in via automatica l'interpretazione della direttiva n. 2000/13/Ce al regolamento sulla sicurezza alimentare, così come sembrerebbe emergere da una prima lettura della sentenza in rassegna. La disposizione dell'art. 16 del regolamento n. 178/2002/Ce, infatti, malgrado una certa imprecisione, può essere ragionevolmente interpretata come una – peraltro legittima – separazione tra la disciplina in tema di sicurezza alimentare e quella sull'etichettatura dei prodotti alimentari con riferimento agli aspetti strettamente commerciali.

Questa interpretazione trova il conforto nella sentenza n. 401/1992 della Corte costituzionale italiana, secondo cui «Il decreto legislativo n. 109 del 1992 riordina, con normativa organica, l'intera materia della etichettatura, presentazione e pubblicità degli alimenti abrogando espressamente le precedenti disposizioni. Lo scopo della nuova disciplina è quello della protezione del consumatore. Si tratta pertanto di normativa che solo di riflesso coinvolge gli aspetti relativi all'igiene e sanità degli alimenti, di competenza regionale, ma che attiene invece precipuamente alla materia del "commercio" di competenza dello Stato»²⁸.

Si osserva inoltre che un'altra disposizione del regolamento n. 178/2002/Ce regola i rapporti tra questo ed altre fonti comunitarie: l'art. 21

crobiologici applicabili ai prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 338 del 22 dicembre 2005, p. 1 e rettifica in *Gu-Ue* n. L 278 del 10 ottobre 2006, p. 32.

²⁷ Per dovere di esposizione si precisa che nella proposta iniziale della Commissione, tale disposizione si trovava *sub* art. 8 (Tutela degli interessi dei consumatori), quindi all'interno della sezione 1 in materia di principi generali della legislazione alimentare. Durante l'*iter* legislativo invece tale disposizione fu espunta dall'art. 8 per essere inserita in un autonomo articolo all'interno della sezione 4 (Requisiti generali della legislazione alimentare) del capo 2.

²⁸ Cfr. Corte costituzionale, 26 ottobre 1992, n. 401 in *DVD JurisData*. Sul punto ampiamente V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. *supra*, nota 3 il quale ricorda anche che il dlgo n. 109/92 fu emanato in forza dell'art. 45 della legge delega n. 428/90 in tema di tutela dei consumatori.

stabilisce che gli artt. 4-20 del regolamento n. 178/2002/Ce si applicano «senza pregiudizio» della direttiva n. 85/374/Cee in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi. Dal raffronto tra questo articolo e la disposizione dell'art. 16 emerge certamente una differenza: l'art. 16 del regolamento n. 178/2002/Ce dispone il divieto di inganno per il consumatore, peraltro già previsto dalla direttiva n. 2000/13/Ce, facendo, però, salva la disciplina sull'etichettatura, mentre l'art. 21 del regolamento n. 178/2002/Ce si limita esclusivamente a lasciare impregiudicata l'applicazione della direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso²⁹. Malgrado la segnalata differenza, tuttavia, resta il dato testuale dell'art. 16 del regolamento n. 178/2002/Ce che non autorizza a considerare l'interpretazione della disciplina sull'etichettatura dei prodotti alimentari come condizionata *tout court* dalle disposizioni del regolamento n. 178/2002/Ce.

Da un altro angolo visuale si può anche osservare che l'affermazione in base alla quale, in tema di individuazione dei destinatari degli obblighi e sanzioni sull'etichettatura dei prodotti alimentari si possa ricorrere in sede interpretativa alle disposizioni del regolamento n. 178/2002/Ce, presenta elementi di contraddizione con l'assunto chiave della sentenza stessa, cioè il riconoscimento della parziale armonizzazione introdotta dalla direttiva n. 2000/13/Ce in fatto di determinazione dei soggetti sanzionabili.

Approfondendo quanto appena esposto, si può sostenere che il confronto tra le due discipline normative, l'una in tema di etichettatura, l'altra in tema di sicurezza alimentare, non può portare ad una parificazione del *final retailer* con il produttore dell'alimento «preconfezionato».

A tal riguardo, è agevole osservare che la legislazione alimentare solo in rarissimi casi impone i medesimi obblighi indistintamente su qualsivoglia operatore della filiera alimentare. Al contrario, un'indagine sulle norme di diritto alimentare, anche di recente adozione, dimostra come l'onere di ottemperanza agli obblighi legali – conformità legale del prodotto alimentare, del processo produttivo e della organizzazione aziendale – sia ripartito tra i fabbricanti o condizionatori del prodotto finito (preconfezionato), movimentatori, produttori di materie prime (agricole, solitamente esclusi) e distributori finali in ragione delle «rispettive attività».

A questo proposito, ad esempio, è un fatto che nonostante l'attuazione del regolamento n. 178/2002/Ce *via* pacchetto igiene, la produzione "primaria" (zootecnia inclusa) resti ancora beneficiaria di una "eccezione agricola" che la esenta *sine die* dal rispetto delle metodologie H.A.C.C.P.³⁰. Al capo

²⁹ Cfr. F. ALBISINNI, in *La sicurezza alimentare*, sub art. 21, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, nn. 1-2, p. 284.

³⁰ *Hazard Analysis and Critical Control Points* - Analisi di rischio e punti critici di controllo. La metodologia H.A.C.C.P. rappresenta un approccio di tipo preventivo, sistematico e documentato alla sicurezza alimentare attraverso il quale si procede sistematicamente ad un'analisi dei poten-

opposto della filiera (dove opera il *final retailer*), non sono rare le disposizioni inserite agli allegati II e ss. del regolamento n. 852/2004/Ce (o anche del regolamento n. 853/2004/Ce) che espressamente esonerano il distributore da alcuni obblighi ivi previsti.

Una segmentazione delle responsabilità per violazione della legislazione alimentare sembra dunque rientrare nel sistema del regolamento n. 178/2002/Ce. In primo luogo, la concentrazione in capo all'operatore privato di un oneroso, quanto ampio, obbligo di conformità, professata al *considerando* n. 30,³¹ è principio cui corrisponde quello della "auto-responsabilizzazione": in tale contesto la garanzia del rispetto delle prescrizioni applicabili alla produzione e commercializzazione di generi alimentari non può essere confusa in una abnorme assegnazione di responsabilità non connessa a normali e "pertinenti" attività, sia pure esercitabili con elevati livelli di diligenza professionale.

A titolo esemplificativo si può fare riferimento alla disciplina degli obblighi di gestione della «crisi sanitaria» (fattispecie ben diversa da quella relativa a una informazione «deceittiva»): l'art. 19 del regolamento n. 178/2002/Ce diversifica l'ampiezza degli obblighi (ritiro-richiamo, notizia alla autorità competente, informazione al consumatore) tra il fabbricante-condizionatore del prodotto finito da un lato, e l'operatore responsabile delle attività di vendita al dettaglio, dall'altro, in ragione di un fattore preciso: l'esercizio delle «rispettive attività». Di più, il regolamento, e così anche il dlgs n. 190/2006 recante la disciplina sanzionatoria italiana³², opera una distinzione all'interno delle attività svolte abitualmente dal distributore: più precisamente, in base all'art. 5 del dlgs n. 190/2006, per quelle attività che non incido-

ziali pericoli insiti nelle trasformazioni alimentari, identificando i punti di processo in cui i pericoli possono essere tenuti sotto controllo, consentendo così di definire quali di essi risultano determinanti per la salubrità dell'alimento e quindi a presidio della tutela della salute del consumatore. In argomento: *Codex Alimentarius, Guidelines for application of the Hazard Analysis Critical Control Point (HACCP)*, Alinorm, Rome, 1993; W.H.O. (World Health Organisation), *Hazard Analysis Critical Control Point System, Concept and Application*, doc. WHO/FNU/FOS/95.7, Rome, 1995 e, pure, European Commission, Health & Consumer Protection Directorate-General, *Guidance document on the implementation of procedures based on the HACCP principles, and on the facilitation of the implementation of the HACCP principles in certain food businesses*, del 16 novembre 2005, disponibile sul sito della Direzione generale "SANCO" accessibile da: www.europea.eu. In merito alla rilevanza della standardizzazione del *Codex* sui commerci transnazionali: D. BEVILACQUA, *The Codex Alimentarius Commission and its Influence on European and National Food Policy*, in *European Food and Feed Law*, 2006, n. 1, p. 3.

³¹ In base al *considerando* n. 30, «gli operatori del settore alimentare sono in grado, meglio di chiunque altro, di elaborare sistemi sicuri per l'approvvigionamento alimentare e per garantire la sicurezza dei prodotti forniti; essi dovrebbero pertanto essere legalmente responsabili, in via principale, della sicurezza degli alimenti».

³² Dlgs del 23 maggio 2006, n. 190, recante «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al regolamento n. 178/2002/Ce che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare», in *Guri* n. 118 del 23 maggio 2006, p. 4. Sul punto D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria per la violazione degli obblighi generali di sicurezza ex art. 18, 19 e 20 del regolamento n. 178/2002*, in *Alimenta*, n. 6/2006, p. 123 e nn. 7-8/2006, p. 147.

no sul confezionamento, sull'etichettatura, sulla sicurezza o sull'integrità dell'alimento e rispetto alle quali vige un regime di responsabilità limitato «entro i limiti delle rispettive attività», detti operatori devono «avviare procedure per ritirare dal mercato i prodotti non conformi ai requisiti di sicurezza alimentare e contribuire a garantire la sicurezza degli alimenti trasmettendo al riguardo le informazioni necessarie ai fini della loro rintracciabilità, collaborando agli interventi dei responsabili della produzione, della trasformazione e della lavorazione e/o delle autorità competenti»³³.

Malgrado tali precisi riferimenti, la sentenza della Corte, richiamato l'art. 17 del regolamento n. 178/2002/Ce, in forza del quale le imprese alimentari devono garantire la piena conformità dei prodotti alla legislazione alimentare, omette però di precisare i limiti delle conseguenti responsabilità per le ipotesi di mancata osservanza delle disposizioni in materia di etichettatura. Ponendosi nella direzione tracciata dalla Corte, per cui occorre leggere la portata soggettiva degli obblighi in tema di etichettatura tenendo presente il regolamento n. 178/2002/Ce, è quindi opportuno chiedersi se il meccanismo di imputazione-ripartizione degli oneri e responsabilità predisposto da questo regolamento, e rigorosamente ancorato all'elemento delle «rispettive attività», possa essere riferito anche alle fattispecie di violazione degli obblighi in base alla direttiva n. 2000/13/Ce.

Per rispondere a questo quesito si può preliminarmente osservare che il ragionare in termini di «rispettive attività» ha una corrispondenza con il concetto della «diligenza esigibile» dall'operatore professionale ed è dunque afferente all'elemento della «colpa», concetto imprescindibile della responsabilità penale (o depenalizzata) in diritto italiano³⁴. Come si è detto l'ordinamento italiano, con il preminente ruolo assegnato all'elemento soggettivo, richiede in ogni caso la sussistenza della violazione di una norma di diligenza, perizia o prudenza ovvero di leggi o regolamenti, ordini o discipline (art. 43 cod. pen.).

Ciò posto, la soluzione affermativa sembra la più corretta e consequenziale ai dati normativi pertinenti che peraltro sono già ampiamente presenti nella legislazione italiana: in aggiunta alle considerazioni già svolte, può essere utile richiamare il disposto dell'art. 19 della legge 30 aprile 1962 n. 283 sull'igiene degli alimenti³⁵ secondo cui «le sanzioni previste dalla presente

³³ È in considerazione di questa distinzione che, con riferimento ai due obblighi da ultimo citati, il dlgo n. 190/2006 prevede in capo al distributore finale specifiche sanzioni di importo significativamente inferiore rispetto a quelle comminate al produttore per la violazione dell'obbligo di ritiro (da 500 a 3.000 euro) e per la mancata attuazione «per quanto di competenza» degli interventi predisposti dai responsabili della produzione, della trasformazione e della lavorazione e dalle autorità competenti, ai fini del ritiro o richiamo degli alimenti o mangimi.

³⁴ Nel caso di specie, si tratterà quindi di accertare la eventuale rimproverabilità della condotta tenuta dal dettagliante consistente nella omissione di un controllo su un prodotto quale quello preconfezionato; controllo che, al massimo, potrà essere "a campione" e mai esigibile per tutti i lotti e tutte le partite di tutte le categorie di prodotti posti in vendita.

³⁵ Legge 30 aprile 1962, n. 283, «Modifica degli artt. 242, 243, 247, 250 e 262 del t.u. delle

legge non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione». In merito a questa disposizione è stato giustamente osservato che l'esonero da responsabilità è da ricollegare alla contraddizione che deriverebbe dal pretendere dal rivenditore controlli che comporterebbero, attraverso l'effrazione della chiusura di sicurezza, la manipolazione del prodotto, con perdita di quella garanzia igienica che solo la conservazione dell'alimento integro, nella trafila dal produttore al consumatore, può assicurare.³⁶ Ora, anche se la disciplina italiana ora richiamata attiene alla gestione della sicurezza igienico-sanitaria degli alimenti, la stessa *mens legis* sottesa alla scriminante dell'art. 19 l. n. 283/62 dovrebbe essere ritenuta applicabile, *a fortiori ratione*, ai casi di violazione delle disposizioni inerenti alla tutela degli interessi commerciali del consumatore di prodotti alimentari, quali quelle previste dal dlgs n. 109/92. Più precisamente, se la non conformità alla legislazione in materia di etichettatura costituisce un vizio intrinseco e non percepibile dall'esterno, non si vede come possa concludersi nel senso di un addebito di responsabilità, per colpa, al distributore finale³⁷.

Infine, l'affermazione in forza della quale la direttiva n. 2000/13/Ce deve essere letta alla luce del regolamento n. 178/2002/Ce, induce anche ad un terzo e più generale ordine di riflessioni.

Posto che, stando alla sentenza qui in rassegna, il regolamento n. 178/2002/Ce è applicabile alle fattispecie disciplinate dalla direttiva n. 2000/13/Ce, si deve segnalare che ex art. 17, par. 5, del regolamento n. 178/2002/Ce «gli Stati membri determinano inoltre le misure e le sanzioni da applicare in caso di violazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi. Le misure e le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive»³⁸. La Corte non ha citato questa disposizione bensì ha richiamato la propria giurisprudenza con riferimento all'art. 10 del Trattato Ce, secondo la quale le violazioni del diritto comunitario devono essere punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, con sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive³⁹.

leggi sanitarie approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265. Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande», in *Guri* n. 139 del 4 giugno 1962.

³⁶ In questi termini V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. *supra*, nota 3, p. 507.

³⁷ Cfr. F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori*, cit. *supra*, nota 1, p. 406.

³⁸ Si veda anche art. 55, par. 1 regolamento n. 882/2004/Ce, cit. *supra*, nota 4, secondo cui «gli Stati membri stabiliscono le regole in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della normativa sui mangimi e sugli alimenti e di altre disposizioni comunitarie concernenti la tutela della salute e del benessere degli animali e prendono tutte le misure necessarie per assicurare che siano attuate. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

³⁹ Cfr. sentenza *Lidl*, punto 58.

Come già anticipato, la Corte ha ritenuto di valutare idonea alla tutela del consumatore una normativa nazionale che astrattamente assegni la stessa posizione di garanzia tra chi il prodotto lo immette finito verso il consumatore finale e chi professionalmente compra un prodotto finito per rivenderlo al consumatore.

Volendo eludere il rischio di una mera petizione di principio, si deve riconoscere che appare logicamente inesatto ritenere che il semplice allargamento numerico dei soggetti obbligati, e quindi responsabili, possa considerarsi come strumento idoneo a rafforzare la tutela del consumatore. Sarebbe, piuttosto, preferibile che la valutazione della idoneità allo scopo fosse affermata, più concretamente, prendendo in considerazione la sussistenza dei caratteri di dissuasività, proporzionalità ed efficacia che devono essere riferiti, più che alla sanzione in sé considerata, all'apparato sanzionatorio nazionale inteso come insieme coordinato di norme in tema di modalità di controllo, accertamento e sanzione dei diversi operatori alimentari.

Si può poi riconoscere che il requisito della «proporzionalità» ripropone la imprescindibilità di un rapporto tra condotta materiale, diligenza richiesta dall'ordinamento all'operatore (colpa) e gravità della lesione al bene tutelato.

Soprattutto, l'apparato sanzionatorio deve essere dissuasivo. Perché ciò si verifichi appare decisivo che la condotta esigibile rientri nelle capacità tecnico-gestionali dell'impresa e risulti economicamente giustificata a seguito di una analisi costi-benefici. Ora, che un sistema normativo nazionale, che preveda una indistinta imputabilità tanto al fabbricante quanto al venditore al dettaglio di violazioni di norme afferenti ad aspetti strettamente commerciali, onerando quindi entrambi i soggetti dei relativi costi, possa razionalmente porsi come effettivamente dissuasivo, resta una ipotesi tutta da dimostrare.

Alla luce di queste considerazioni, pur non dimenticando che la definizione dei criteri di imputazione dei diversi tipi di responsabilità è riservata al legislatore che si avvale del contributo giurisprudenziale, è il caso di segnalare che nell'ordinamento italiano e comunitario non mancano ipotesi di distribuzione dei rischi in base alle quali si tiene conto della "tasca" del soggetto che, più degli altri, è in grado di gestirli. La concentrazione ovvero ripartizione della responsabilità in base a criteri elaborati dalla analisi economica del diritto non è nuova nell'ordinamento comunitario e nemmeno ignota alla giurisprudenza della Corte⁴⁰.

⁴⁰ In argomento, senza pretesa di completezza, si veda: A. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985; A. VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; G. CLERICO, *Attività economica e rischio di danno. Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell'impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 71-106; G. B. FERRI, *Garanzia, rischio e responsabilità oggettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 867 ss.

Un criterio non troppo dissimile si trova pure alla base del regolamento n. 178/2002/Ce secondo il quale le diverse «posizioni di garanzia» dei soggetti operanti lungo la filiera sono individuate, come s'è detto, in ragione del «grado di controllo» sul prodotto o, meglio, del controllo sulle condizioni di sicurezza degli alimenti oggetto delle rispettive attività imprenditoriali.

Non a caso, forse, la direttiva n. 85/374/Cee era stata espressamente richiamata dal ricorso del giudice rimettente: la Corte ha trattato la disciplina comunitaria per danno da prodotto difettoso strettamente valutandola, e, così comprensibilmente negandola, come unica ipotesi di responsabilità del produttore-distributore senza considerarla, nemmeno come ipotesi di lavoro, come espressione di un orientamento di ripartizione degli oneri connessi alla produzione e commercio di beni industriali, sia pure con riferimento ai rischi di responsabilità civile, penale o amministrativa.

Tale conclusione della Corte, per quanto tecnicamente fondata alla luce delle distinzioni concettuali tra responsabilità civile e sanzioni afflittive, lascia però pendente una discrasia tra i sistemi di imputazione delle diverse responsabilità dell'impresa alimentare all'interno dei vari Stati membri, le quali, pur connesse a «titoli» differenti, sempre più sono attratte dalla priorità di tutela del consumatore, senza che questo porti ad una uniformità dei criteri di ripartizione dei rischi giuridici connessi alle attività imprenditoriali di produzione, movimentazione, certificazione e distribuzione dei prodotti.

Daniele Pisanello

LE TARIFFE DEGLI AVVOCATI AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di giustizia

Sentenza del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*

Federico Cipolla (C-94/04) c. Rosaria Portolese in Fazari; Stefano Macrino, Claudia Capodarte (C-202/04) c. Roberto Meloni

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 10, 81, 82 e 49 CE - Libera concorrenza - Libera prestazione dei servizi - Disciplina nazionale delle tariffe forensi - Divieto di deroga convenzionale ai minimi tariffari - Restrizione giustificata da obiettivi di interesse generale: tutela dei consumatori e buona amministrazione della giustizia.

1. Gli artt. 10 CE, 81 CE e 82 CE non ostano all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale forense quale il Consiglio nazionale forense, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati e a cui, in linea di principio, non sia possibile derogare né per le prestazioni riservate agli avvocati né per quelle, come le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da qualsiasi altro operatore economico non vincolato da tale tariffa.

2. Una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa forense, come quella di cui trattasi nella causa principale, per prestazioni che sono al tempo stesso di natura giudiziale e riservate agli avvocati costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi prevista dall'art. 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente agli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia, che possono giustificarla, e se le restrizioni che essa impone non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

* In argomento v. *infra*, p. 701 ss., il commento di *PATRIZIA QUAIA*.

(*Omissis*) **In diritto**

Cause principali e questioni pregiudiziali

Causa n. C-94/04

10. La signora Portolese in Fazari e altri due proprietari di terreni confinanti situati nel Comune di Moncalieri si sono rivolti all'avv. Cipolla per avviare un procedimento contro tale Comune al fine di ottenere il pagamento di un'indennità per l'occupazione d'urgenza di tali terreni, disposta con provvedimento unico del sindaco di Moncalieri e non seguita da provvedimento di espropriazione. L'avv. Cipolla ha predisposto tre atti di citazione distinti, iscrivendo al ruolo del Tribunale di Torino tre procedimenti contro tale Comune.

11. La controversia è stata in seguito risolta con una transazione, a cui si è giunti grazie all'iniziativa diretta di uno dei proprietari interessati, senza però l'intervento dell'avv. Cipolla.

12. Quest'ultimo, il quale aveva ottenuto, prima della redazione e della notificazione dei tre atti di citazione, una somma di 1.850.000 lire italiane (ITL) da parte di ciascuno dei tre attori della causa principale, apparentemente a titolo di pagamento anticipato per le sue prestazioni professionali, ha emesso nei confronti della signora Portolese una parcella per ITL 4.125.000, a copertura dei propri onorari e di spese diverse. La signora Portolese ha rifiutato di pagare tale somma. Investito della conseguente controversia, il Tribunale di Torino, con sentenza 12 giugno 2003, ha dato atto del pagamento della somma di ITL 1.850.000, respingendo la domanda dell'avv. Cipolla per il pagamento della somma di ITL 4.125.000. L'avv. Cipolla ha proposto appello contro tale sentenza dinanzi alla Corte d'appello di Torino, chiedendo, in particolare, l'applicazione della tariffa.

13. Dal provvedimento del giudice del rinvio risulta che, nell'ambito della controversia ad esso sottoposta, si pone il problema di determinare se, qualora sia dimostrata l'esistenza di un accordo tra le parti relativamente alla remunerazione forfettaria dell'avvocato, tale presunto accordo, concluso per la somma complessiva di ITL 1.850.000, possa essere, nonostante la normativa italiana, ritenuto valido, in quanto una sua sostituzione d'ufficio con un compenso per l'avvocato calcolato sulla base della tariffa non sarebbe conforme alle norme comunitarie in materia di concorrenza.

14. Il giudice del rinvio osserva inoltre che, nel caso in cui un professionista non residente in Italia fornisca una prestazione di servizi legali ad un destinatario residente in tale Stato membro sulla base di un contratto soggetto alla legge italiana, la prestazione di servizi legali sarebbe soggetta al divieto assoluto di derogare ai compensi determinati dalla tariffa. Pertanto, in tal caso, dovrebbe essere applicato l'importo minimo obbligatorio. Tale divieto avrebbe dunque l'effetto di ostacolare l'accesso di altri avvocati al mercato dei servizi italiano.

15. Alla luce di quanto sopra, la Corte d'appello di Torino ha deciso di sospendere il procedimento dinanzi ad esso pendente e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se il principio della concorrenza del diritto comunitario, di cui agli artt. 10 [CE], 81 [CE] e 82 (...) CE si applichi anche all'offerta dei servizi legali.

2. Se detto principio comporti, o meno, la possibilità di convenire fra le parti la

remunerazione dell'avvocato, con effetto vincolante.

3. Se comunque detto principio impedisca, o meno, l'inderogabilità assoluta dei compensi forensi.

4. Se il principio di libera circolazione dei servizi, di cui agli artt. 10 [CE] e 49 (...) CE si applichi anche all'offerta dei servizi legali.

5. In caso positivo, se detto principio sia, o meno, compatibile con la inderogabilità assoluta dei compensi forensi».

Causa n. C-202/04

16. Sulla base di un parere dell'ordine degli avvocati e in applicazione della tariffa, l'avv. Meloni ha chiesto e ottenuto, nei confronti della signora Capodarte e del signor Macrino, un decreto ingiuntivo per il pagamento degli onorari relativi a talune prestazioni stragiudiziali che egli aveva effettuato a loro favore in materia di diritto d'autore, tra le quali rientravano, in particolare, alcuni pareri espressi oralmente e alcune lettere inviate all'avvocato della controparte.

17. La signora Capodarte e il signor Macrino hanno proposto opposizione a tale decreto ingiuntivo dinanzi al Tribunale di Roma sostenendo, in particolare, il carattere sproporzionato degli onorari chiesti dall'avv. Meloni in relazione all'importanza dell'affare trattato e alle prestazioni effettivamente svolte da quest'ultimo.

18. Al fine di determinare l'importo degli onorari dovuti all'avv. Meloni per tali prestazioni, il Tribunale di Roma ritiene che si debba verificare se la tariffa, in quanto applicabile agli avvocati in materia stragiudiziale, sia compatibile con le norme del Trattato CE, tenuto conto, in particolare, del fatto che gli interessati, per ottenere le prestazioni di assistenza stragiudiziale in questione, non erano tenuti a rivolgersi ad un avvocato.

19. Di conseguenza, il Tribunale di Roma ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 [CE] e 81 CE) ostino all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine con riferimento a prestazioni aventi ad oggetto attività (c.d. stragiudiziali) non riservate agli appartenenti all'ordine professionale forense ma che possono essere espletate da chiunque».

20. Alla luce della connessione delle due cause principali, le stesse, ai sensi dell'art. 43 del regolamento di procedura, in combinato disposto con l'art. 103 del medesimo, devono essere riunite ai fini della sentenza.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità (Omissis)

Nel merito

Sulle prime tre questioni sollevate nella causa n. C-94/04 e sulla questione sollevata nella causa n. C-202/04

44. Con tali questioni, che devono essere esaminate congiuntamente, riformulandole in modo da tenere conto degli elementi rilevanti delle due cause, in particola-

re del fatto che, nell'ambito delle cause principali, si discute degli onorari minimi, i giudici del rinvio chiedono, in sostanza, se gli artt. 10 CE, 81 CE e 82 CE ostino all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale forense come il CNF, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati e a cui, in linea di principio, non sia possibile derogare né per le prestazioni riservate agli avvocati, né per quelle, come le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da altri operatori economici non vincolati da tale tariffa.

45. Si deve preliminarmente osservare che, interessando l'intero territorio di uno Stato membro, tale tariffa è in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ai sensi degli artt. 81, n. 1, CE e 82 CE (v., in tal senso, sentenze 17 ottobre 1972 in causa n. 8/72, *Vereniging van Cementhandelaren c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 977, punto 29; 10 dicembre 1991 in causa n. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, in *Raccolta*, I, p. 5889, punti 14 e 15, e 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, *Arduino*, *Raccolta*, I, p. 1529, punto 33).

46. Secondo costante giurisprudenza, sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, è pur vero che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (v., in particolare, ordinanza 17 febbraio 2005 in causa n. C-250/03, *Mauri*, in *Raccolta*, I, p. 1267, punto 29, e giurisprudenza ivi citata).

47. La Corte ha in particolare dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 10 CE e 81 CE qualora uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE, o rafforzi gli effetti di tali accordi, o revochi alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica (ordinanza *Mauri*, *cit.*, punto 30, e giurisprudenza ivi citata).

48. A tale proposito, la circostanza che uno Stato membro affidi ad un'organizzazione professionale composta di avvocati, come il CNF, l'elaborazione di un progetto di tariffa per gli onorari non appare, nelle circostanze della causa principale, tale da poter affermare che tale Stato abbia revocato alla tariffa infine adottata il suo carattere statale, delegando ad avvocati la responsabilità di assumere decisioni in materia.

49. Infatti, sebbene la normativa nazionale in discussione nella causa principale non contenga modalità procedurali, né prescrizioni di merito idonee a garantire, con una probabilità ragionevole, che il CNF si comporti, in sede di elaborazione del progetto di tariffa, come un'articolazione del potere pubblico che agisce per obiettivi di interesse generale, non risulta che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione di tale tariffa (v. sentenza *Arduino*, *cit.*, punti 39 e 40).

50. Da un lato, il CNF è incaricato soltanto di approntare un progetto di tariffa privo, in quanto tale, di forza vincolante. In mancanza di approvazione da parte del Ministro della giustizia, il progetto di tariffa non entra in vigore, e resta in vigore la tariffa precedentemente approvata. Per questo motivo, tale Ministro ha il potere di far emendare il progetto da parte del CNF. Inoltre, il Ministro è assistito da due or-

gani pubblici, il Consiglio di Stato ed il CIP, dai quali deve ottenere il parere prima di qualsiasi approvazione della tariffa (v. sentenza *Arduino, cit.*, punto 41).

51. Dall'altro, l'art. 60 del regio decreto legge dispone che la liquidazione degli onorari è effettuata dagli organi giudiziari in base ai criteri stabiliti dall'art. 57 del medesimo regio decreto legge, tenuto conto della gravità e del numero di questioni trattate. Inoltre, in talune circostanze eccezionali, il giudice può, con una decisione debitamente motivata, derogare ai limiti minimi fissati in applicazione dell'art. 58 del citato regio decreto legge (v., in tal senso, sentenza *Arduino, cit.*, punto 42).

52. Pertanto, non si può ritenere che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il proprio potere delegando ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni di intervento nel settore economico, il che avrebbe portato a privare del suo carattere pubblico la normativa di cui trattasi nella causa principale (v. sentenza *Arduino, cit.*, punto 43, e ordinanza *Mauri, cit.*, punto 36).

53. Per le ragioni indicate ai punti 50 e 51 della presente sentenza, non può essere nemmeno contestato allo Stato in questione di imporre o di favorire la conclusione, da parte del CNF, di intese in contrasto con l'art. 81 CE, o di rinforzarne gli effetti, né di imporre o di favorire abusi di posizione dominante in contrasto con l'art. 82 CE o di rafforzarne gli effetti (v., in tal senso, sentenza *Arduino, cit.*, punto 43, e ordinanza *Mauri, cit.*, punto 37).

54. Le prime tre questioni sollevate nell'ambito della causa n. C-94/04 e la questione sollevata nell'ambito della causa n. C-202/04 devono dunque essere risolte dichiarando che gli artt. 10 CE, 81 CE e 82 CE non ostano all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale forense quale il CNF, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati e a cui, in linea di principio, non sia possibile derogare né per le prestazioni riservate agli avvocati né per quelle, come le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da qualsiasi altro operatore economico non vincolato da tale tariffa.

Sulla quarta e sulla quinta questione sollevate nell'ambito della causa n. C-94/04

55. Con tali due questioni, la Corte d'appello di Torino chiede in sostanza se l'art. 49 CE osti ad una disciplina che vieta in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa, come quella di cui trattasi nella causa principale, per prestazioni che sono al tempo stesso di natura giudiziale e riservate agli avvocati.

56. Si deve ricordare che l'art. 49 CE impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora tale restrizione si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli di altri Stati membri, quando sia tale da vietare o rendere più difficili le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove fornisce legittimamente servizi analoghi (v., in particolare, sentenze 29 novembre 2001 in causa n. C-17/00, *De Coster*, in *Raccolta*, I, p. 9445, punto 29, nonché 8 settembre 2005 in cause riunite n. C-544/03 e n. C-545/03, *Mobistar e Belgacom Mobile*, *Raccolta*, I, p. 7723, punto 29).

57. Inoltre, la Corte ha già affermato che l'art. 49 CE osta all'applicazione di

qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (v. citate sentenze *De Coster*, punto 30, e giurisprudenza ivi citata, nonché *Mobistar e Belgacom Mobile*, punto 30).

58. Ora, il divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari, come previsto dalla legislazione italiana, può rendere più difficile l'accesso degli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana al mercato italiano dei servizi legali, ed è in grado quindi di ostacolare l'esercizio delle loro attività di prestazione di servizi in quest'ultimo Stato membro. Tale divieto si rivela pertanto una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE.

59. Il detto divieto, infatti, priva gli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana della possibilità di fornire, chiedendo onorari inferiori a quelli tariffari, una concorrenza più efficace nei confronti degli avvocati stabiliti permanentemente nello Stato membro in questione, i quali dispongono, per tale ragione, di una maggiore facilità di crearsi una clientela rispetto agli avvocati stabiliti all'estero (v., per analogia, sentenza 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *CaixaBank France*, *Raccolta*, I, p. 8961, punto 13).

60. Allo stesso modo, il divieto citato limita la scelta dei destinatari di servizi in Italia, poiché questi ultimi non possono ricorrere ai servizi di avvocati stabiliti in altri Stati membri che potrebbero offrire in Italia le loro prestazioni ad un prezzo inferiore ai minimi tariffari.

61. Tuttavia, un simile divieto può essere giustificato qualora risponda a ragioni imperative di interesse pubblico, purché sia idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v., in particolare, sentenze 5 giugno 1997 in causa n. C-398/95, *SETTG*, *Raccolta*, I, p. 3091, punto 21, e *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, *cit.*, punto 37).

62. Per giustificare la restrizione della libera prestazione dei servizi derivante dal divieto in questione, il Governo italiano sostiene che un'eccessiva competizione tra avvocati rischierebbe di condurre ad una concorrenza sui prezzi che comporterebbe un peggioramento della qualità dei servizi forniti, e ciò a danno dei consumatori, in particolare in quanto soggetti di diritto aventi necessità di un'assistenza di qualità dinanzi alla giustizia.

63. Secondo la Commissione, non è dimostrato alcun nesso di causalità tra la determinazione di onorari minimi e un livello elevato di qualità dei servizi professionali forniti dagli avvocati. In realtà, una relazione diretta di causa-effetto con la tutela dei clienti degli avvocati ed il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia varrebbe per provvedimenti statali alternativi come, in particolare, le norme di accesso alla professione forense, le regole disciplinari in grado di far rispettare la deontologia professionale e la disciplina in materia di responsabilità civile, grazie al mantenimento, assicurato da tali provvedimenti, di un livello elevato di qualità dei servizi forniti da tali professionisti.

64. A tal riguardo si deve osservare che la tutela, da un lato, dei consumatori, in particolare dei destinatari dei servizi giudiziali forniti da professionisti operanti nel settore della giustizia e, dall'altro, della buona amministrazione della giustizia sono obiettivi che rientrano tra quelli che possono essere ritenuti motivi imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei ser-

vizi (v., in tal senso, sentenze 12 dicembre 1996 in causa n. C-3/95, *Reisebüro Broede*, *Raccolta*, I, p. 6511, punto 31 e giurisprudenza ivi citata, nonché 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e a.*, in *Raccolta*, I, p. 6067, punto 33), alla duplice condizione che il provvedimento nazionale di cui si discute nella causa principale sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo medesimo.

65. Spetta al giudice del rinvio determinare se, nella causa principale, la restrizione della libera prestazione dei servizi creata dalla normativa nazionale rispetti tali condizioni. A tal fine, detto giudice dovrà tenere conto degli elementi indicati nei punti seguenti.

66. Egli dovrà pertanto verificare, in particolare, se vi sia una relazione tra il livello degli onorari e la qualità delle prestazioni fornite dagli avvocati e se, in particolare, la determinazione di tali onorari minimi costituisca un provvedimento adeguato per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, vale a dire la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia.

67. Se è vero che una tariffa che fissi onorari minimi non può impedire ai membri della professione di fornire servizi di qualità mediocre, non si può escludere a priori che tale tariffa consenta di evitare che gli avvocati siano indotti, in un contesto come quello del mercato italiano, il quale, come risulta dal provvedimento di rinvio, è caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati iscritti ed in attività, a svolgere una concorrenza che possa tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti.

68. Dovrà anche essere tenuto conto delle peculiarità sia del mercato in questione, le quali sono state ricordate al punto precedente, che dei servizi in esame e, in particolare, del fatto che, in materia di prestazioni di avvocati, vi è in genere un'asimmetria informativa tra i «clienti-consumatori» e gli avvocati. Infatti, gli avvocati dispongono di un elevato livello di competenze tecniche che i consumatori non necessariamente possiedono, cosicché questi ultimi incontrano difficoltà per valutare la qualità dei servizi loro forniti [v., in particolare, la Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, contenuta nella comunicazione della Commissione 9 febbraio 2004, COM(2004) 83 def., p. 10].

69. Il giudice del rinvio dovrà tuttavia verificare se alcune norme professionali relative agli avvocati, in particolare norme di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità siano di per sé sufficienti per raggiungere gli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia.

70. Alla luce di quanto precede, la quarta e la quinta questione sollevate nella causa n. C-94/04 si devono risolvere dichiarando che una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa forense, come quella di cui trattasi nella causa principale, per prestazioni che sono al tempo stesso di natura giudiziale e riservate agli avvocati costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi prevista dall'art. 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente agli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia, che possono giustificarla, e se le restrizioni che essa impone non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

(*Omissis*)

AVVOCATI: QUALITÀ O PREZZO? IN MARGINE ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN CAUSE RIUNITE N. C-94/04 E N. C-202/04

Sommario: *Premessa - 1. I fatti - 2. Le valutazioni giuridiche - 3. La peculiarità del mercato, dei servizi e del sistema giustizia - 4. L'impatto della sentenza sull'art. 2 del decreto c.d. «Bersani».*

Premessa

A lungo attesa dagli ambienti forensi, il 5 dicembre 2006 è giunta la pronuncia della Corte di giustizia nei casi *Cipolla* e *Macrino, Capodarte*¹ che viene qui commentata.

Tale sentenza era attesa a tal punto, che da più voci si era prudentemente proposto che qualsiasi intervento in materia di riordino delle professioni, ed in particolare della professione di avvocato, avrebbe dovuto procedere dalla stessa, e non precederla, com'è avvenuto.

La sentenza in esame – complessa e meditatissima nelle sue conclusioni – è intervenuta in un momento in cui il legislatore nazionale aveva già frettolosamente e fin troppo entusiasticamente abrogato l'obbligatorietà delle tariffe forensi, e pochi giorni mancavano alla pubblicazione della direttiva sui servizi nel mercato interno².

¹ Sentenza delle Corte di giustizia del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e C-202/04, *Federico Cipolla* (C-94/04) c. *Rosaria Portolese in Fazari; Stefano Macrino, Claudia Capodarte* (C-202/04) c. *Roberto Meloni*.

Nelle more del giudizio, per iniziativa del Governo, è stata introdotta con il c.d. decreto Bersani (dl 4 luglio 2006, n. 223), poi convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248, una nuova disciplina che, in materia di tariffe professionali, dispone l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento «alle attività libero professionali e intellettuali: l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti» (art. 2).

Tale normativa andrà senz'altro interpretata alla luce della sentenza in commento.

² Si tratta della direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2006/123/Ce del 12 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

Con decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006, convertito in legge con modificazioni, dall'art. 1, legge 4 agosto 2006, n. 248, il legislatore italiano stabiliva che «in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libera circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato (...) sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali ed intellettuali:

a. l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti (...)» (art. 2).

In data 27 dicembre 2006, è stata pubblicata la direttiva n. 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno, con cui il legislatore comunitario ha inteso consolidare in un testo unico la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di artt. 49 CE e seguenti, mantenendo peraltro in vigore la normativa settoriale in materia: in considerazione della peculiarità della professione di avvocato, essa risulta applicarsi in via residuale all'attività forense, in virtù delle deroghe stabilite da alcune sue disposizioni, che vedremo più avanti nel dettaglio.

È ora venuto il momento di analizzare la sentenza della Corte.

Orbene, i valori e i principi fondamentali rispetto ai quali la Corte ha esaminato le tariffe forensi italiane sono gli stessi che hanno ispirato la recentissima direttiva servizi e la recente normativa nazionale.

Tuttavia, le conclusioni della Corte e le posizioni del legislatore comunitario appaiono molto più attente alla specificità della professione forense e della relativa attività, che non quelle assunte dal legislatore nazionale.

1. I fatti

Le domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte alla Corte sono state sollevate rispettivamente dalla Corte d'appello di Torino (nella causa n. C-94/04, *Cipolla c. Portolese in Fazari*) e dal Tribunale di Roma (nella causa n. C-202/04, *Macrino, Capodarte c. Meloni*).

Le cause n. C-94/04 e n. C-202/04, riunite dalla Corte ai fini della decisione, nascono da due distinte controversie insorte tra due avvocati ed i rispettivi clienti per il pagamento degli onorari.

Nella causa *Cipolla*, la lite era sorta tra l'avvocato e la propria cliente, che riteneva di non dover pagare le prestazioni giudiziali del legale in base alla tariffa, ma di dover corrispondere unicamente l'importo fissato in via convenzionale.

Nella causa *Macrino e Capodarte*, due clienti non avevano ottemperato ad un decreto ingiuntivo dell'avvocato che chiedeva la corresponsione dei

propri onorari per attività stragiudiziali, ritenendo l'importo eccessivo.

La Corte di Torino aveva sollevato le seguenti questioni:

1. se il principio della concorrenza di cui agli artt. 10 CE, 81 CE e 82 CE si applichi anche all'offerta dei servizi legali;
2. se detto principio comporti la possibilità di convenire tra le parti la remunerazione dell'avvocato;
3. se l'inderogabilità assoluta dei compensi forensi violi il principio della concorrenza;
4. se il principio di libera circolazione dei servizi si applichi anche all'offerta di servizi legali;
5. in caso positivo, se detto principio sia compatibile con l'inderogabilità assoluta dei compensi forensi.

Il Tribunale di Roma, da parte sua, poneva la questione della compatibilità con la normativa comunitaria in materia di concorrenza delle tariffe forensi, nella parte in cui fissavano dei minimi e dei massimi per gli onorari degli avvocati relativamente a prestazioni di attività c.d. stragiudiziale, non riservate ai medesimi, ma eseguibili anche da altri operatori economici.

Per brevità, in questa sede verranno tralasciate le eccezioni sollevate circa la ricevibilità delle domande pregiudiziali, e comunque positivamente risolte dalla Corte, per meglio concentrarsi sul merito della pronuncia degli eurogiudici, riconducibile sostanzialmente a due grandi temi: la tutela della concorrenza e la libera circolazione dei servizi.

2. Le valutazioni giuridiche

Con le prime tre questioni sollevate dalla Corte d'appello di Torino e con l'unica questione sottoposta dal Tribunale di Roma, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema delle tariffe forensi con i principi comunitari in materia di *concorrenza*.

I giudici italiani chiedono in sostanza se gli artt. 10 CE, 81 CE e 82 CE ostino all'adozione di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di una proposta elaborata dal Consiglio Nazionale Forense italiano, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati ed a cui non sia possibile derogare né per le prestazioni riservate agli avvocati, né per le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da altri operatori economici non vincolati da tale tariffa.

Le norme nazionali prese in considerazione sono gli artt. 57, 58 e 60 del regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito in legge 22 gennaio 1934, n. 36.

I giudici della Corte osservano innanzitutto che la suddetta normativa è in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ai sensi degli artt. 81,

n. 1 e 82, visto che la stessa si applica a tutto il territorio nazionale.

Detti ultimi articoli del Trattato sono tuttavia applicabili al comportamento delle imprese e non agli Stati, per i quali residua invece ai sensi dell'art. 10 del Trattato un dovere di collaborazione a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese.

La Corte procede dunque a verificare se lo Stato italiano abbia nella sostanza delegato al CNF, qualificato come «organizzazione professionale composta di avvocati», la determinazione delle tariffe di cui si discute, con il risultato di delegare ad un'organizzazione professionale la responsabilità di assumere decisioni di intervento in materia economica: se così fosse, verrebbe meno il carattere pubblico della normativa in materia di tariffe.

Nella fattispecie di cui alla causa n. C-94/04, era stata applicata la tariffa approvata con decreto ministeriale n. 392 del 24 novembre 1990, mentre alla causa n. C-202/04 era stata applicata la tariffa approvata con decreto ministeriale n. 585 del 5 ottobre 1994.

Pur precisando che la normativa italiana in materia di formazione delle tariffe non prevede modalità procedurali o prescrizioni di merito a garanzia del comportamento del Consiglio Nazionale Forense per il raggiungimento di obiettivi di interesse generale (cfr. punto 49), la sentenza conferma il carattere pubblico della normativa in materia di tariffe forensi sulla base dei seguenti argomenti.

Da una parte il Consiglio Nazionale Forense è incaricato della sola redazione di un progetto di tariffa, come tale non vincolante.

Dall'altra, la tariffa così progettata e proposta entra in vigore solo a seguito della sua approvazione mediante decreto del Ministro della giustizia, che può richiedere al CNF emendamenti e rinvii di applicazione: il Ministro è assistito dal Consiglio di Stato e dal Comitato Interministeriale Prezzi, che forniscono parere preventivo in merito.

L'atto in base al quale vengono rese applicabili le tariffe forensi non comporta dunque il mero recepimento del frutto della libera discrezionalità del Consiglio Nazionale Forense³, non potendosi ritenere che «lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il proprio potere delegando ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni di intervento nel settore economico» (punto 53, richiama la sentenza *Arduino*, punto 43 e ordinanza *Mauri* punto 36).

³ La giurisprudenza comunitaria assimila gli ordini professionali alle associazioni di imprese e quindi ad operatori privati, in quanto i liberi professionisti svolgono un'attività economica, finalizzata ad offrire un servizio e come tali sono inquadrabili tra le imprese.

Le decisioni degli ordini soggiacciono quindi alle regole in materia di concorrenza scritte per le imprese, come stabilito nella sentenza *Wouters* del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99 (in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 97), se decidono su attività economiche non legate ad alcun interesse generale o ad una missione sociale.

Viepiù, esso conserva altresì un potere decisionale *ex post*, visto che, ai sensi dell'art. 60 del regio decreto del 1933, i propri giudici possono con decreto motivato liquidare onorari professionali discostandosi dai minimi e dai massimi previsti dalle tariffe, qualora i compensi determinati in base alle medesime non risultino proporzionati all'attività concretamente svolta dall'avvocato⁴.

La sentenza non ravvisa pertanto elementi di incompatibilità delle abrogate tariffe con la normativa comunitaria in materia di concorrenza, in linea con quanto già stabilito nella sentenza *Arduino* del 19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99.

Nel giungere a tale conclusione, la Corte non opera dei distinguo circa le prestazioni di assistenza, consulenza e rappresentanza, riservate agli avvocati, e le prestazioni di servizi stragiudiziali, «che possono essere svolte anche da altri operatori economici non vincolati da tale tariffa».

La determinazione del compenso per l'attività stragiudiziale prestata da un avvocato, obbligatoriamente effettuata in base alle tariffe, non viola di per sé la normativa comunitaria della concorrenza.

Resta il fatto che altri operatori economici, diversi dagli avvocati, possono offrire la propria attività stragiudiziale non rispettando le tariffe.

Si potrebbe sostenere allora che l'assistenza e la consulenza stragiudiziali di un avvocato non sono di fatto assimilabili all'assistenza e consulenza stragiudiziali fornite da altri operatori economici, come tali non vincolati dalle tariffe, e che la fissazione di un limite minimo di prezzo alla prestazione di un avvocato può e deve giustificarsi solo con il diverso grado di qualità della stessa⁵.

Con le ultime due questioni nel procedimento n. C-94/04, la Corte d'appello di Torino chiedeva se l'art. 49 CE, che sancisce il principio della *libera prestazione di servizi*, osti ad una disciplina che vieta in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa, come quella italiana, per prestazioni che sono al tempo stesso di natura giudiziale e riservate agli avvocati⁶.

⁴ Prima del decreto legge n. 223/2006, i minimi ed i massimi determinati dalle tariffe forensi erano dunque sempre vincolanti per l'avvocato ed il proprio cliente, ma potevano essere derogati dai giudici.

⁵ L'art. 17 della direttiva n. 2006/123/Ce stabilisce che l'art. 16 («Libera prestazione di servizi») non si applica alle materie disciplinate dalla direttiva n. 77/249/Cee del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati: non distingue tuttavia tra attività giudiziale ed attività stragiudiziale.

L'attività di consulenza legale è invece contemplata dalla direttiva, che al *considerando* 33 la ricomprende nel proprio oggetto, per i servizi prestati sia alle imprese che ai consumatori.

Vale la pena porsi la questione se il legislatore comunitario abbia effettivamente inteso disciplinare in modo diverso l'attività di consulenza ed assistenza stragiudiziali svolte da avvocati dall'attività di consulenza legale svolta da altri operatori economici.

⁶ La libera circolazione dei servizi, riconosciuta dal diritto comunitario come una delle quattro libertà fondamentali del mercato interno, è disciplinata dagli artt. 49-55 CE: l'art. 49 prevede il divieto (e non più solo la soppressione graduale) degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi nella CE⁶.

E di recente entrata in vigore la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno, con cui il legislatore comunitario ha inteso

Ai sensi del primo comma dell'art. 2233 del codice civile italiano, inserito nel capo II (Delle professioni intellettuali) del libro V (Del lavoro), «il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene».

Tuttavia, relativamente alla professione forense, l'art. 24 della legge n. 794 del 13 giugno 1942, prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 del dl n. 223/2006, stabilisce che «gli onorari e i diritti stabiliti per le prestazioni dei procuratori e gli onorari minimi stabiliti per le prestazioni degli avvocati sono inderogabili.

Ogni convenzione contraria è nulla».

Il *thema decidendum* è dunque quello della compatibilità della sopraindicata normativa nazionale, vigente sino alla recente riforma in materia di professioni, che sanzionava con la nullità qualsiasi accordo tra cliente ed avvocato in deroga ai minimi tariffari, con una delle libertà fondamentali istituite dal Trattato: la libera circolazione dei servizi.

La sentenza è chiara ed inequivocabile sul punto: il divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari costituisce una restrizione alla libera circolazione dei servizi.

E ciò, per due ordini di motivi.

Pur trattandosi di una normativa non discriminatoria in quanto applicabile anche ai professionisti stabiliti in Italia, essa è suscettibile di rendere più difficile l'accesso al mercato dei servizi legali in Italia degli avvocati stabiliti in un altro Stato membro.

Non essendo consentito a questi ultimi offrire servizi al di sotto dei minimi tariffari, gli stessi verrebbero privati della possibilità di fare ai colleghi italiani una concorrenza efficace basata sul prezzo.

Parimenti, i destinatari dei servizi legali in Italia sarebbero privati della possibilità di ricorrere ai servizi di avvocati stabiliti in altri Stati membri, in grado di fornire in Italia le loro prestazioni ad un prezzo inferiore ai minimi tariffari.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, un simile divieto può essere tuttavia giustificato, pur trattandosi di restrizione alla libera circolazione dei servizi, qualora risponda a ragioni imperative di interesse pubblico e purché sia idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.

Tale assunto ricalca la posizione consolidata della Corte in materia di le-

consolidare in un testo unico comunitario la giurisprudenza di quasi metà secolo della Corte in materia di artt. 49 ss. CE⁶.

Tale norma non solo vieta qualsiasi discriminazione, ma impone l'eliminazione di qualsiasi restrizione alla libera prestazione di servizi, anche ove si applichi indistintamente a tutti i prestatori, nazionali e non, quando renda più difficili le attività di un prestatore di altro Stato membro, nel quale fornisca legittimamente servizi analoghi (punto 56).

gittimità delle restrizioni nazionali alla libera circolazione dei servizi.

Per essere legittima, una restrizione nazionale oltre a non essere discriminatoria, deve superare un doppio *test*: di necessità (in quanto giustificata da una valida ragione) e di proporzionalità (cioè risultare atta a realizzare la finalità perseguita e non essere eccessiva)⁷.

A tal riguardo, gli obiettivi di interesse generale che possono giustificare la restrizione alla libertà di circolazione dei servizi rappresentata dal divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari, vengono individuati nella *tutela dei consumatori* («in particolare dei destinatari dei servizi giudiziali forniti da professionisti operanti nel settore della giustizia») e nella *tutela del buon andamento della giustizia*, semprechè il provvedimento nazionale in esame sia in grado di garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non vada oltre quanto necessario per raggiungere gli obiettivi medesimi.

Fornita tale indicazione di principio, gli eurogiudici lasciano al giudice del rinvio, ovvero alla Corte d'appello di Torino, il compito di analizzare nel dettaglio e valutare la proporzionalità della normativa delle tariffe forensi italiane ai citati obiettivi di interesse generale, tenendo tuttavia conto di una serie di elementi.

Ammesso che la fissazione di minimi tariffari non possa di per sé impedire ai professionisti di fornire servizi di qualità mediocre, non può però escludersi che i minimi stessi consentano di evitare che gli avvocati siano indotti a farsi una concorrenza al ribasso, con un peggioramento della qualità dei servizi forniti.

I punti 67 e 68 della sentenza richiamano l'attenzione del lettore esattamente sulla «peculiarità» del mercato dei servizi legali in Italia, «caratterizzato da un numero estremamente elevato di avvocati iscritti ed in attività».

Altro elemento da non trascurare per gli eurogiudici è la peculiarità dei servizi legali, ed in particolare il fatto che, «in materia di prestazioni di avvocati, vi è in genere un'asimmetria informativa tra i "clienti-consumatori" e gli avvocati».

Questi ultimi dispongono di un elevato livello di conoscenze tecniche che i consumatori non necessariamente possiedono.

Va da sé che i consumatori nella maggior parte dei casi non sono in grado di valutare la qualità dei servizi offerti dagli avvocati.

Al giudice del rinvio viene infine richiesto di verificare *se le norme relative alla professione di avvocato in Italia*, in materia di organizzazione, qualificazione, deontologia, controllo e responsabilità *siano da sole sufficienti a*

⁷ La sentenza (punto 61) fa espresso riferimento alle sentenze del 5 giugno 1997 in causa n. C-398/95, *SETTG*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3091, punto 21 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 508, nonché del 30 marzo 2006 in causa n. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2941, punto 37.

raggiungere gli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia.

Al punto 63, la sentenza riporta la posizione della Commissione in argomento.

Essa sostiene che «non è dimostrato alcun nesso di causalità tra la determinazione di onorari minimi ed un livello elevato di qualità dei servizi professionali forniti dagli avvocati».

A detta posizione, la Corte replica che una diretta relazione di causa-effetto con il raggiungimento dei citati obiettivi di interesse generale varrebbe per provvedimenti statali "alternativi", quali le norme di accesso alla professione forense, le regole disciplinari in grado di far rispettare la deontologia professionale e la disciplina in materia di responsabilità civile.

Ciò in quanto tali provvedimenti assicurerebbero il mantenimento di un elevato livello di qualità dei servizi forniti.

Il giudice del rinvio dovrà quindi valutare se il complesso di tali norme sia da solo sufficiente a garantire la tutela del consumatore ed il buon andamento della giustizia.

3. *La peculiarità del mercato, dei servizi e del sistema giustizia*

In attesa di conoscere la decisione della Corte d'appello di Torino sulla questione se la restrizione imposta dalle tariffe forensi superi il cosiddetto *test* di proporzionalità, alcune considerazioni di fatto possono contribuire al dibattito in essere sulla vantaggiosità o meno di una liberalizzazione estrema del mercato dei servizi professionali resi da avvocati.

Circa la peculiarità del *mercato dei servizi professionali resi da avvocati* in Italia, la Corte ha evidenziato l'alto numero di avvocati iscritti ed in attività.

In Italia si conta un avvocato ogni 411 abitanti, contro i 705 in Germania ed i 1981 in Francia⁸.

Superano l'Italia la Spagna, con un avvocato ogni 285 abitanti, e il Regno Unito, con un avvocato ogni 374 abitanti.

Al di là delle ovvie differenze concernenti l'accesso alla professione e l'ordinamento nel suo complesso, il raffronto con la Germania e soprattutto con la Francia desta qualche preoccupazione.

Da tali dati, pare potersi dedurre *in primis* che l'attività degli avvocati tedeschi e francesi debba essere meglio retribuita di quella dei colleghi italiani.

Seguendo il ragionamento della Corte, l'abrogazione dei minimi tariffari potrebbe ulteriormente indurre i professionisti italiani ad una concorrenza a

⁸ Dati riferiti al 2004 e desunti dalla *Rivista del Consiglio dell'Ordine Avvocati di Milano*, n. 3, settembre 2006, p. 52-55.

prezzi ancor più bassi, con un conseguente "peggioramento" della qualità delle prestazioni.

L'utilità dei minimi tariffari va dunque prudentemente valutata con riguardo al fatto che i minimi sono un limite, fissato in base ad un dato di esperienza in possesso della categoria, al di sotto del quale l'attività forense non è in principio più remunerativa, e che tale limite tutela, prima che il professionista, il livello di qualità delle prestazioni rese.

Per logica ed esperienza, quando la prestazione viene fornita al cliente al di sotto di quel limite, non è più la prestazione di un avvocato – ne ha perso i presupposti – e dunque è qualcos'altro.

Orbene, va precisato che le tariffe, così come tutto l'ordinamento forense, sono stati predisposti avendo presenti le realtà tradizionali, ovvero in media studi di tre avvocati, anche associati, e non gli studi associati medio grandi.

Del resto, solo nei primi la prestazione può essere nel concreto eseguita personalmente o valendosi, sotto la propria direzione e responsabilità di sostituti o ausiliari.

E tuttavia, se si considera che il 10% del fatturato degli avvocati italiani è prodotto dai quaranta studi più importanti, i quali non si occupano di due settori importanti come il diritto di famiglia ed il diritto penale, che rappresentano circa il 25% del fatturato, emerge che quaranta studi fatturano circa il 15% del totale del fatturato complessivo, pur occupando solo il 3% degli avvocati italiani.

Occorre dunque che l'ordinamento forense si adegui tenendo conto di tale realtà, che tuttavia riguarda il 3% degli avvocati, oppure considerare diversamente gli studi tradizionali da quelli medio grandi, visto che si rivolgono a segmenti di mercato diversi⁹?

D'altro canto, se l'attenzione della Corte si concentra sulle prestazioni giudiziali a favore dei clienti consumatori, è più probabile che la stessa si riferisca agli studi "tradizionali".

Se ne potrebbe dedurre che per quest'ultimo tipo di studi la reintroduzione dei minimi tariffari contribuirebbe alla tutela del consumatore e al buon andamento della giustizia¹⁰.

Per la difesa dei propri diritti il consumatore oggi dispone di un'altra arma, ulteriore rispetto alla difesa giudiziale: i cosiddetti metodi di «alternative dispute resolution», quali la conciliazione presso le Camere di Commercio,

⁹ Dati riferiti all'anno 2004, desunti dalla *Rivista del Consiglio dell'Ordine Avvocati di Milano*, n. 3, settembre 2006, p. 52-55.

¹⁰ Potrebbe portare fuori tema, ma sarebbe opportuno interrogarsi sul modo in cui la rimozione del divieto di patto di quota lite contribuisca alla tutela dei consumatori: premesso che da più parti si è riconosciuta un'asimmetria informativa tra cliente consumatore ed avvocato, il consumatore di quali mezzi dispone per valutare la convenienza o i rischi di un patto di quota lite?

che soprattutto per questioni di valore contenuto possono rappresentare un'interessante alternativa alla difesa giudiziale.

In tal caso, il consumatore può agire personalmente e a costi contenuti, mentre per questioni anche di poco superiori ai mille euro deve farsi obbligatoriamente assistere in giudizio da un avvocato.

Circa la *peculiarità dei servizi professionali resi da avvocati*, essa risulta adeguatamente sottolineata dalla sentenza in commento, cosiccome dalla recente direttiva n. 2006/123/Ce.

Il legislatore italiano al momento fa eccezione.

Anche la Commissione, nella Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali del 9 febbraio 2004, riconosce la necessità di una regolamentazione, seppur restrittiva, dei servizi professionali.

E ciò per tre ordini di motivi.

Innanzitutto, in quanto i servizi professionali sono «credence goods», ovvero beni la cui qualità non può essere facilmente giudicata, né confrontandoli con servizi ricevuti in precedenza, né, in taluni mercati, con il consumo o con l'uso: si tratta infatti di prestazioni complesse, che coinvolgono valutazioni basate su specifiche conoscenze sostanziali e procedurali, come tali non valutabili o verificabili da chi non svolga la professione¹¹.

In secondo luogo perché le prestazioni professionali possono avere un impatto sui terzi, oltretutto sull'acquirente dei servizi, ed infine in quanto taluni servizi professionali producono «beni pubblici», che presentano un valore per la società in generale. Tra tali servizi potrebbe rientrare la corretta amministrazione della giustizia.

In terzo luogo, rileva la Commissione che le regolamentazioni restrittive sono giustificate nella misura in cui sono volte a mantenere la qualità dei servizi professionali ed a tutelare i consumatori da comportamenti scorretti¹².

Anche la direttiva n. 2006/123/Ce afferma la specificità dell'attività professionale forense.

Tra i *considerando* (che esplicitano le finalità della direttiva e chiariscono anche in via interpretativa il contenuto delle sue disposizioni) meritano di essere citati il n. 88, che precisa che il principio di libera prestazione di servizi non si applica alle attività riservate agli avvocati, ed il n. 33, che fa invece rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva i servizi di consulenza legale o fiscale.

¹¹ Se per il cliente consumatore è difficile giudicare il rapporto prezzo-qualità di una prestazione offerta da un avvocato, ancora più difficile sarà giudicare la convenienza o il rischio connesso ad un patto di quota lite (il cui divieto è stato rimosso dal dl n. 223/2006).

¹² Cfr. la Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali della Commissione, 9 febbraio 2004, p. 10-11.

Particolare rilievo in questa sede assume il *considerando* n. 73, in base al quale «la valutazione della compatibilità delle tariffe obbligatorie minime e/o massime con la libertà di stabilimento riguardano solo le tariffe imposte dalle autorità competenti per la prestazione di determinati servizi e non, ad esempio, le norme generali in materia di determinazione dei prezzi, ad esempio per la locazione di immobili».

In base al *considerando* n. 45, sono ammesse tariffe per la prestazione di un servizio se giustificate da fattori oggettivi, «che possono variare da paese a paese», quali le caratteristiche tecniche della prestazione e le diverse condizioni di mercato.

La recente riforma italiana delle professioni non sembra dunque in sintonia con la direttiva citata, nella misura in cui non riconosce adeguatamente la specificità della professione forense.

Sotto un ulteriore punto di vista, la necessità e la proporzionalità dei minimi tariffari può essere rinvenuta nell'opportunità di tutelare i consumatori da comportamenti scorretti dei professionisti, che quando offrono le proprie prestazioni al di sotto dei minimi, nella maggioranza dei casi trovano quantomeno grande difficoltà nel rispettare le norme deontologiche ed organizzative della professione.

I giudici comunitari attribuiscono al giudice del rinvio altresì il compito di verificare se alcune norme professionali relative agli avvocati, «di organizzazione, qualificazione, deontologia, controllo e responsabilità, siano di per sé sufficienti per raggiungere gli obiettivi della tutela dei consumatori e del buon andamento della giustizia» (punto 69).

Tale affermazione va letta in combinazione con quella contenuta al punto 63.

Qui, la Corte evidenzia che una relazione diretta di causa-effetto con la tutela del consumatore e il buon andamento della giustizia vale per provvedimenti statali alternativi alla fissazione di limiti tariffari, quali le norme di accesso alla professione forense, le regole disciplinari in grado di far rispettare la deontologia professionale e la disciplina in materia di responsabilità civile.

Sarebbero questi i provvedimenti statali in grado di assicurare un livello elevato di qualità dei servizi forniti dai professionisti.

Ma, senza la fissazione di un limite di prezzo, al di sotto del quale la prestazione non può essere per logica ed esperienza fornita nel rispetto delle caratteristiche richieste dalla normativa professionale, come pretendere dal professionista il rispetto della medesima?

Risponde all'interesse generale che la prestazione resa da un avvocato rispetti determinati principi e regole, ma è altrettanto evidente che risponde all'interesse generale che il professionista sia posto nelle condizioni di poterla rendere con tali requisiti.

Ne consegue che la fissazione di minimi tariffari, se non garantisce, raf-

forza la possibilità di ottenere una prestazione di qualità.

Ma, al di là di questo, per il raggiungimento degli obiettivi della tutela dei consumatori e del buon andamento della giustizia, non è sufficiente il raggiungimento ed il mantenimento di un livello elevato di qualità dei servizi resi dall'avvocato, in particolare dei servizi giudiziari.

È indispensabile che il sistema giurisdizionale, che assolve ad una delle funzioni fondamentali dello Stato, ovvero l'imparziale attuazione del diritto, sia efficiente e, per questo, sia dotato di strutture moderne e di risorse adeguate.

Non è quindi concretamente efficace un intervento sulla professione forense, disgiunto da una modernizzazione del sistema giustizia¹³.

Solo in un sistema giudiziario efficiente, avanti al quale il singolo possa essere assistito effettivamente da professionisti preparati, assicurati per la propria responsabilità civile e adeguatamente controllati dall'ordine professionale di appartenenza, i diritti possono trovare adeguata tutela.

Ma ciò non vale solo per i consumatori, verso i quali esiste il problema della cosiddetta asimmetria informativa, ma anche quando si tratti dei diritti delle imprese, sia quelle nazionali, sia quelle stabilite in altri Stati membri: sono convinta che servirebbe anche la causa della concorrenza, in quanto regole chiare e chiaramente applicate, ed ove occorra sanzionate, sgombrerebbero il campo da tentativi e pratiche illecite, incoraggiate (o forse anche tollerate) anche dalla lentezza dei giudizi¹⁴.

Nella pratica, la principale ragione di un minimo tariffario, inderogabile da parte di avvocati e clienti, pare sussistere nel fatto che esso è un presupposto per la prestazione di un servizio minimo, che comunque richiede preparazione, tempo, organizzazione, decoro professionale dell'avvocato.

Ci riferiamo ad un servizio professionale reso da un avvocato, e non da qualsiasi altro operatore economico; al servizio reso da un professionista in grado di conoscere e tradurre la pretesa del proprio cliente in una domanda giudiziale, ovvero nel linguaggio giuridico sostanziale e processuale nel quale il magistrato infine deciderà le sorti dei diritti dell'assistito.

Se torniamo al consumatore che ha bisogno di essere assistito in giudizio, e quindi al valore medio delle pratiche trattate per il medesimo, già gli attuali minimi tariffari si rivelano spesso non remunerativi: ipotizzare che un avvo-

¹³ Intesa nel senso di tutela delle situazioni soggettive, la funzione giurisdizionale è garantita dalla Costituzione italiana, il cui art. 24 proclama che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi».

Il secondo comma della norma aggiunge che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del giudizio».

La norma costituzionale citata evidenzia così che i concetti di giurisdizione e difesa sono inscindibilmente collegati.

¹⁴ Accade che imprese straniere non partecipino alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici in Italia, anche di dimensioni ragguardevoli, per la diffidenza delle medesime verso il sistema giurisdizionale italiano.

cato di altro Stato membro della Comunità possa venire in Italia ad assistere giudizialmente un consumatore italiano chiedendo al medesimo compensi inferiori agli abrogati minimi tariffari è, per esperienza di scrive, difficilmente sostenibile nei fatti.

Ciò può realisticamente accadere solo per questioni di valore medio alto di clienti-imprese, evidentemente per prestazioni stragiudiziali, magari per problematiche attinenti il commercio internazionale, il diritto comunitario o il diritto internazionale privato.

Ma se pensiamo alle cause di separazione, divorzio, affidamento di minori, locazioni, sfratti, liti condominiali, tutela della proprietà e del possesso, oppure alle cause penali (solo per citarne alcune), non è immaginabile che il consumatore italiano trovi avvocati stabiliti in altro Stato membro che offrano allo stesso le proprie prestazioni di qualità al di sotto dei minimi¹⁵.

E comunque, anche se fosse così, di quali mezzi disporrebbe il consumatore per valutare il rapporto qualità-prezzo delle prestazioni offerte, soprattutto nel momento in cui necessita di una pronta assistenza giudiziale?

Ipotizzando una serie di offerte proposte da una cerchia di professionisti, il consumatore sceglierà con molta probabilità quella al prezzo più basso, per il semplice fatto che non avendo le competenze per valutarne la qualità ed il livello, vorrà quantomeno risparmiare sul prezzo.

Ed è la stessa Corte ad ammettere che un'eccessiva concorrenza al ribasso non potrebbe che andare a danno dei consumatori, perchè si risolverebbe ancor prima in un «peggioramento della qualità dei servizi resi».

Il sistema delle tariffe forensi va dunque adeguato al nuovo mercato dei servizi legali, tenendo conto delle diverse strutture organizzative degli studi e della diversa tipologia dei clienti.

La globalizzazione dei mercati e delle imprese ha infatti mutato le stesse dimensioni degli attori in gioco: esiste un mercato dei servizi legali per le imprese ed un mercato dei consumatori, esistono gli studi tradizionali e quelli medio grandi, tra cui alcuni di dimensioni internazionali.

Tutto ciò, dieci anni fa, non era neppure immaginabile.

Le materie trattate aumentano di anno in anno, se non di giorno in giorno (il diritto dell'ambiente, il commercio elettronico, la responsabilità penale delle imprese, le "*class actions*" ...).

C'è bisogno di formazione e specializzazione sempre maggiori per offrire un servizio di qualità, non un servizio a basso prezzo.

¹⁵ Il professionista di un altro Stato membro dovrà comunque affrontare costi supplementari rispetto a quello italiano, relativamente alla formazione sul diritto sostanziale e processuale italiano, ed alla domiciliazione ed alle trasferte.

4. L'impatto della sentenza sull'art. 2 del decreto c.d. «Bersani»

Gli scopi per i quali il legislatore nazionale ha ritenuto necessaria l'abrogazione, da un lato, dei minimi tariffari e, dall'altro, del divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, risultano esplicitati nello stesso art. 2 del dl n. 223/2006, convertito in l. n. 248/2006¹⁶.

Essi sono:

1. la conformità al principio comunitario di libera concorrenza;
2. la conformità al principio della libera circolazione delle persone e dei servizi;
3. il fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato.

Tenuto conto di quanto sopra, l'impatto della sentenza *de qua* sulla normativa nazionale si rivela preciso ed immediato.

In primo luogo, in quanto i giudici comunitari hanno confermato che il sistema dei minimi tariffari non viola il principio della concorrenza.

In secondo luogo, in quanto gli stessi hanno chiarito che le tariffe forensi, pur costituendo una restrizione alla libera prestazione di servizi, possono essere giustificate in nome di interessi generali, quali la tutela dei consumatori ed il buon andamento della giustizia.

In terzo luogo, in quanto non solo la Corte, ma anche la Commissione, hanno evidenziato che il consumatore non è in grado di valutare la qualità e la convenienza della prestazione offerta dall'avvocato, per cui non appare sostenibile che, attraverso la libera negoziazione del compenso professionale, il con-

¹⁶ In materia di tariffe professionali, le novità introdotte dal dl n. 223/2006, convertito con alcune modificazioni nella legge n. 248/2006, possono essere ricondotte principalmente alla facoltà prevista per il cliente di pattuire con il proprio avvocato il relativo compenso professionale.

E ciò, anche in deroga ai minimi previsti dal sistema delle tariffe forensi ed eventualmente parametrando il compenso al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

La forma scritta del patto è prevista a pena di nullità.

Secondo Scarselli, nella pattuizione del compenso, l'avvocato troverà due limiti fondamentali.

Il primo sarebbe rappresentato dal permanente divieto di «patto di quota lite», che sempre secondo Scarselli la riforma non avrebbe rimosso; l'art. 1261 c.c. recita infatti che gli avvocati «non possono, nemmeno per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria (...) nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni».

Il secondo limite è rappresentato dal sostanziale divieto, sancito dagli artt. 5 e 43 del Codice Deontologico Forense, di praticare prezzi irrisori ed in contrasto con la dignità della professione.

È pur vero che il terzo comma dell'art. 2 della l. n. 248/2006 prevede l'adeguamento delle norme deontologiche in contrasto con la prescrizione di cui al primo comma, ma il terzo comma della stessa norma dispone che tale adeguamento debba essere posto in essere «anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali».

Ne consegue che la citata normativa lascia intatto il dovere deontologicamente stabilito per l'avvocato di svolgere la professione con probità, dignità e decoro.

In assenza di convenzione scritta, si ritiene che le tariffe forensi rimangano i parametri di riferimento per la determinazione del compenso professionale (vedasi, G. SCARSELLI, *Il decreto Bersani e le tariffe forensi*, in *Foro it.*, 2007, n. 1, parte V, c. 24 ss.).

sumatore medesimo possa disporre di «un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato».

Quantomeno nello specifico della professione forense, ed auspicando di trovare conferma nella decisione di merito del giudice di rinvio, il citato art. 2 andrebbe quindi disapplicato ed in ogni caso riformato, in quanto in contrasto con il diritto comunitario¹⁷.

Diversamente, potrebbe sembrare che il richiamo ai principi del diritto comunitario sia stato strumentalmente utilizzato dal legislatore italiano per giustificare riforme che trovano in realtà altre ragioni¹⁸, mentre la regolamentazione della determinazione dei compensi professionali, attraverso il sistema tariffario, evidentemente risponde alla imprescindibile esigenza di tutela degli interessi sia del professionista che del cliente¹⁹.

Patrizia Quaia

¹⁷ Circa la facoltà di parametrare il compenso al risultato ottenuto, il codice deontologico degli avvocati europei, *Code de déontologie des avocats européens*, adottato dal Conseil des barreaux européens (CCBE), con sede a Bruxelles, così come modificato in data 19 maggio 2006, in www.ccbe.org, ammette tale facoltà, ma alla condizione che i relativi accordi siano sottoposti ad una regolamentazione o ad un controllo, a garanzia della protezione del cliente e della buona amministrazione della giustizia (cfr. *Commentaire de l'article 3.3 - Pacte de quota litis*, in *Code de déontologie des avocats européens*, loc. cit., p. 25).

¹⁸ Più che alla concorrenza ed all'inserimento dei giovani nella professione di avvocato, l'abolizione dei minimi tariffari sembra funzionale a consentire soprattutto a banche ed assicurazioni, ed in generale a clienti "forti", di ottenere servizi legali a basso prezzo.

Ponendo a confronto sistemi europei in cui le tariffe forensi non sono regolate (Inghilterra e Galles) rispetto ad altri dove sono regolate (Italia e Germania), è risultato che i costi della giustizia sono assai più alti nei primi e che la regolamentazione delle tariffe, con scaglioni che fissano minimi e massimi, risponde maggiormente all'interesse pubblico (vedasi V. ZUCKERMANN, *Fixed Minimum Legal Fees*, in *Rass. Forense*, 2006, p. 191 ss.).

¹⁹ L'avvocato non vende una merce, ma coopera alla funzione giurisdizionale, ed il suo apporto alla formazione dei provvedimenti giurisdizionali risulta decisivo: il senso del suo lavoro consiste soprattutto nel «facilitare l'opera del giudice nell'interesse dello Stato» (così P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1966, II, p. 68).

EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI DIRITTO DI STABILIMENTO DELLE SOCIETÀ

Sommario: **1.** *Premessa: rilevanza del fenomeno societario e disciplina comunitaria del diritto di stabilimento delle società* - **2.** *Problematicità dell'attuazione della libertà di stabilimento delle società* - **3.** *Ruolo della Corte di giustizia nell'attuazione del diritto di stabilimento delle società* - **4.** *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di stabilimento delle società* - **a.** *Le prime decisioni della Corte: i casi Commissione c. Repubblica francese e Segers* - **b.** *Il caso Daily Mail* - **c.** *Il caso Centros* - **d.** *Il caso Überseering* - **e.** *Il caso Inspire Art* - **f.** *Sviluppi recenti: il caso Sevic System* - **5.** *Conclusioni: questioni problematiche ancora aperte e prospettive future.*

1. Premessa: rilevanza del fenomeno societario e disciplina comunitaria del diritto di stabilimento delle società

Le società commerciali rappresentano, nella stragrande maggioranza delle contemporanee economie capitalistiche, la struttura organizzativa tipica per la gestione dell'attività d'impresa.

La nascita della Comunità europea, come organizzazione avente tra i suoi obiettivi istituzionali la creazione di un mercato unico caratterizzato dalla libera circolazione di tutti i fattori di produzione, ha sicuramente avuto l'effetto di esaltare il ruolo e l'importanza delle società commerciali: ad esse viene infatti offerta l'opportunità di estendere le proprie capacità imprenditoriali al di fuori dei mercati nazionali, potendo così beneficiare di rilevanti economie di scala, di accedere con maggior facilità ai mercati del lavoro degli altri Stati membri, di rendere più facilmente attuabile ed efficace la collaborazione transfrontaliera con altre imprese.

Ora, appare essere del tutto evidente che, in un mercato comune d'impronta liberistica che intenda in primo luogo rimuovere ogni ostacolo alla libera circolazione dei fattori di produzione, le società commerciali dovrebbero godere di una totale ed incondizionata libertà di stabilirsi in Stati membri diversi dal proprio, anche attraverso il diretto trasferimento della propria sede.

Proprio allo scopo di assicurare e garantire tale fondamentale facoltà di libera circolazione delle società, il Trattato Ce prevede un'apposita disciplina, contenuta nel Capo 2 del Titolo III (articoli da 43 a 48), dedicata appunto al diritto di stabilimento sia delle persone fisiche, sia delle persone giuridiche, con particolare riferimento alle società.

Il nucleo fondamentale della citata disciplina è rappresentato dal combinato disposto degli artt. 43 e 48 Ce il quale estende alle persone giuridiche, *in primis* alle società, il fondamentale diritto di stabilimento garantito alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno degli Stati membri. In particolare la disciplina in questione attribuisce a tutte quelle società (e altre persone giuridiche) che siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e che abbiano sede sociale, amministrazione centrale o centro d'attività principale all'interno della Comunità, la possibilità di trasferirsi in un qualunque Stato membro diverso da quello d'origine per esercitarvi un'attività economica avente i caratteri di stabilità e continuità, alle stesse condizioni previste dalla legge del paese di stabilimento per i propri cittadini (c.d. principio del «trattamento nazionale»). Lo stabilimento delle società garantito dal Trattato può avvenire tanto in forma primaria, quanto in forma secondaria: lo stabilimento primario avviene attraverso il diretto trasferimento della sede reale di una società, ossia del luogo in cui sono concentrati gli organi direttivi e dove concretamente vengono prese le decisioni che governano l'esercizio dell'attività d'impresa¹; lo stabilimento secondario avviene attraverso la creazione ed il mantenimento, nel Paese di destinazione, di centri di attività secondari quali agenzie, succursali o filiali².

Entrambe le suddette forme di stabilimento risultano disciplinate dal Trattato Ce in modo assolutamente chiaro ed incontrovertito, con la prospettiva di "aprire", nel vero senso della parola, le economie ed i mercati interni dei vari Stati membri a tutte le società che rispettino i suddetti requisiti espressi dall'art. 48 del Trattato Ce.

¹ Lo stabilimento a titolo principale consente, in base a quanto disposto dall'art. 43, comma 2, la costituzione e la gestione di imprese, e in particolare di società, alle condizioni stabilite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini; ciò significa, per una persona fisica, trasferire nello Stato membro ospitante il centro della sua attività economica, cioè impiantare a titolo definitivo un'installazione stabile dove saranno prese le decisioni e da dove partiranno gli impulsi volti a governare l'attività d'impresa; per le società tale centro decisionale corrisponde alla loro "sede effettiva" o "reale", dalla qual cosa si deduce che l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo principale da parte di una società implica il trasferimento della propria sede sociale reale nello Stato membro ospitante.

² Cfr. quanto disposto dall'art. 43 CE, primo comma; tale norma, vietando ogni restrizione all'apertura delle tre suddette tipologie di strutture, configura un'ipotesi d'esercizio del diritto di stabilimento che consiste nel mantenimento di due distinti centri di attività: l'uno nello Stato di stabilimento originario o principale, l'altro in quello di apertura dell'agenzia, succursale o filiale. Dunque, come precisato anche dalla Corte di giustizia (sentenza del 12 luglio 1984 in causa n. 107/83, *Klopp*, in *Raccolta*, p. 2971 ss., punto 19), la libertà in questione «non si limita al diritto di stabilirsi una sola volta nell'ambito della Comunità», ma implica il diritto di creare e mantenere più di uno stabilimento all'interno del territorio comunitario; essa costituisce «l'espressione specifica di un principio generale» che dunque, in quanto tale, non può soffrire limitazioni di tipo quantitativo.

2. Problematicità dell'attuazione della libertà di stabilimento delle società

L'attuazione del diritto di stabilimento delle società, pur essendo la relativa disciplina ben strutturata sul piano teorico in base al Trattato Ce, sul piano pratico ha spesso incontrato una grande quantità di problemi e difficoltà.

Tali difficoltà possono ricondursi in primo luogo all'insufficiente livello di armonizzazione dei vari diritti societari nazionali degli Stati membri. Infatti, nonostante l'intensa attività di armonizzazione promossa e realizzata a livello comunitario in materia societaria (attraverso apposite direttive adottate dal Consiglio in base a quanto previsto dall'art. 44, alinea 2, lett. g. del Trattato Ce)³, profonde difformità continuano a sussistere tra le diverse legisla-

³ Prima direttiva, n. 68/151/Cee del 9 marzo 1968, sul coordinamento delle garanzie poste in ciascun ordinamento a tutela degli interessi dei soci e dei terzi (in *Guce* n. L 65 del 14 marzo 1968); seconda direttiva, n. 77/91/Cee del 13 dicembre 1976, relativa alle società per azioni, per quanto attiene alle garanzie con riferimento alla costituzione, salvaguardia e modifiche del capitale sociale (in *Guce* n. L 26 del 31 gennaio 1977); terza direttiva, n. 78/855 del 9 ottobre 1978, sulle fusioni delle società per azioni (in *Guce* n. L 295 del 20 ottobre 1978); quarta direttiva, n. 78/660/Cee del 25 luglio 1978, sui conti annuali delle società di capitali (in *Guce* n. L 222 del 14 agosto 1978); sesta direttiva, n. 82/891 del 17 dicembre 1982, sulle scissioni delle società per azioni (in *Guce* n. L 378 del 31 dicembre 1982); settima direttiva, n. 83/349 del 13 giugno 1983, sui conti consolidati dei gruppi (in *Guce* n. L 193 del 18 luglio 1983); ottava direttiva, n. 84/253 del 10 aprile 1984, sull'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili (in *Guce* n. L 126 del 12 maggio 1984); undicesima direttiva, n. 89/666 del 21 dicembre 1989, sulla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di uno Stato membro (in *Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989); dodicesima direttiva, n. 89/667/Cee del 21 dicembre 1989, sulle società a responsabilità limitata con un unico socio (in *Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989); tredicesima direttiva, n. 2004/25/Ce del 21 aprile 2004, sulle offerte pubbliche di acquisto (in *Guce* n. L 142 del 30 aprile 2004); direttiva n. 2005/56/Ce del 26 ottobre 2005, sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali (in *Guce* n. L 310 del 25 novembre 2005).

Tali direttive societarie sono accompagnate da una consistente lista di proposte della Commissione non ancora adottate: in particolare, si tratta dei progetti della 5°, 9°, 14° direttiva in campo societario, concernenti rispettivamente la struttura delle società per azioni, la disciplina dei gruppi di imprese, il trasferimento di sede di società da uno Stato membro ad un altro.

Inoltre, sempre nell'ottica di promuovere l'armonizzazione in campo societario, vanno prese in considerazione le due iniziative, finora realizzate, volte a creare e disciplinare peculiari strutture associative e societarie di matrice integralmente comunitaria, destinate ad affiancarsi ai modelli organizzativi previsti dai singoli ordinamenti nazionali, senza sostituirsi ad essi: il «Gruppo europeo di interesse economico» (GEIE) e la «Società per azioni europea» o «*Societas Europaea*» (SE). Il primo, istituito con il regolamento del Consiglio n. 2137/85 del 25 luglio 1985 (in *Guce* n. L 199 del 31 luglio 1985), è latamente assimilabile ad un consorzio in cui le imprese partecipanti possono condividere le proprie risorse, al fine di sviluppare le attività economiche da loro già individualmente condotte; sul tema si vedano: R. BIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico: in particolare il GEIE fra professionisti*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2002, p. 923 ss.; C. CASTELLI - G. NAPOLETANO, *Il "Gruppo europeo d'interesse economico" (GEIE)*, in questa *Rivista*, 1986, p. 474 ss.; L. MARIANI, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 301 ss.; F. POCAR, *Sull'attività del GEIE costituito tra liberi professionisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 387 ss.; G. PUOTI, *Profili fiscali del gruppo europeo di interesse economico*, in *Rass. trib.*, 1992, p. 9 ss.; S. VICHATZKY, *Le groupement européen d'intérêt économique*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 275 ss. La Società per azioni europea viene istituita e disciplinata con il regolamento del Consiglio n. 2157/2001 dell'8 ottobre 2001 (in *Guce* n. L 294 del 10 novembre 2001); tale regolamento viene completato dalla direttiva del Consiglio n. 2001/86/Ce dell'8 ottobre 2001 (in *Guce* n. L 294 del 10 novembre 2001) per quanto concerne il coinvolgimento dei lavoratori nella c.d. «*corporate governance*» (cioè il governo dell'impresa) della SE; sul tema si vedano: BLANQUET, *Enfin la Société Européenne "SE"», RDUE*, 2001, p. 65 ss.; R. CAFARI PANICO, *Il regolamento della società europea e le fusioni transfrontaliere*, in U. DRAETTA - F. POCAR (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, Egea, 2002, p. 40 ss.; S. M. CARBONE, *La corporate gover-*

zioni societarie degli Stati membri, sia sul piano del diritto materiale, sia sul piano del diritto internazionale privato. Ciò significa che gli Stati membri non solo possono continuare a prevedere requisiti e vincoli difformi per la costituzione e la gestione di società nel proprio territorio (piano del diritto societario materiale), ma sono anche in grado di mantenere difformi criteri di collegamento per l'individuazione della legge regolatrice applicabile alle società operanti a livello transfrontaliero (piano internazionalprivatistico)⁴. È evidente come il mantenimento di tali difformità sia in grado (e di fatto lo è stato) di ostacolare notevolmente il pieno riconoscimento e la concreta realizzazione della mobilità societaria in Europa.

In secondo luogo, le difficoltà di attuazione del diritto di stabilimento delle società sono parzialmente dipese dal fatto che molti Stati membri hanno tentato di resistere, a vario titolo, al processo di completa liberalizzazione della mobilità societaria in Europa, invocando gli interessi nazionali quali, ad esempio, la necessità di mantenere la piena sovranità fiscale o l'esigenza di proteggere talu-

nance della società europea nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato, *ivi*, p. 17 ss. ed anche in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 133 ss.; F. DE SANTIS, *Il regolamento sulla Società europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 479 ss.; G. DI MARCO, *La "società europea": un nuovo tipo societario per le imprese comunitarie*, in *Le società*, 2001, p. 746 ss.; C. FOUASSIER, *Le statut de la Société Européenne: un nouvel instrument juridique au service des entreprises*, *RMCUE*, 2001, p. 59 ss.; A. MALATESTA, *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 613 ss.; F. VISMARA, *La società per azioni europea nel Regolamento (CE) 2157/2001*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1302 ss.

⁴ Su un tema tanto importante ai fini dell'integrazione del mercato interno quale quello della legislazione applicabile alle società operanti a cavallo delle legislazioni nazionali, l'Europa non sembra in grado di riconoscersi in un principio giuridico di collegamento internazionalprivatistico comune e condiviso; infatti, questa continua da tempo ad essere teatro della "guerra santa" (l'espressione è di G. BROGGINI, *Conflitto di leggi, armonizzazione e unificazione nel diritto europeo delle obbligazioni e delle imprese*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 252 ss.) tra i fautori della "teoria dell'incorporazione" o "*Gründungstheorie*" (che identifica il diritto che regola la nascita e l'esistenza di una società con la legge dello Stato in cui è avvenuta la costituzione, o incorporazione, della società stessa) ed i difensori della "teoria della sede reale" o "*Sitztheorie*" (che invece applica alle società il diritto dell'ordinamento del paese in cui esse hanno la sede amministrativa effettiva, ovvero il reale centro decisionale, e non considera validamente costituite le società che sostengono di appartenere a giurisdizioni terze rispetto a quella in cui è stabilita la sede reale). Si tratta delle due principali teorie elaborate per risolvere il problema di diritto internazionale privato della legge applicabile alle società connesse con altri ordinamenti: la *Gründungstheorie* nasce in Gran Bretagna nel XIX secolo sulla base di esigenze politiche di natura puramente imperialistica, in quanto i giudici inglesi intendevano estendere l'applicazione del diritto inglese dell'impresa anche ai Paesi lontani in cui operavano le società incorporate in patria, e ciò indipendentemente dal fatto che il territorio d'operatività appartenesse o meno alla corona; la *Sitztheorie* nasce in Francia, verso la metà del XIX secolo, sulla base di esigenze politiche puramente difensive e, dunque, totalmente opposte a quelle che stanno alla base della *Gründungstheorie*, venendo infatti introdotta proprio per cercare di impedire la fuga delle società francesi verso paesi più liberali quali l'Inghilterra o il Belgio.

Su tali teorie, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. COLOMBO e G. PORTALE, vol. IX, parte prima, Torino, Utet, 1994, p. 22 ss.; A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München, 1998, p. 503 ss.; F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Jur. Verlag, 1999, p. 439 ss.; A. SANTA MARIA, Voce "*Società*" (*diritto internazionale privato e processuale*), in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1991, p. 883 ss.; E. WYMEERSCH, *The transfer of company's seat in European company law*, *CMLR*, 2003, p. 661 ss.; D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1996.

ne categorie di soggetti (in particolare i creditori sociali ed i soci di minoranza) contro frodi o utilizzi abusivi delle libertà assicurate dal Trattato Ce⁵.

Per questi motivi, è quindi intervenuto un rallentamento nel processo di armonizzazione e coordinamento dei diritti nazionali in materia societaria.

3. Ruolo della Corte di giustizia nell'attuazione del diritto di stabilimento delle società

L'istituzione che ha fornito un contributo fondamentale per far progredire il diritto comunitario in materia societaria è stata la Corte di giustizia delle Comunità europee.

Tale contributo ha riguardato sia il processo negoziale tra gli Stati membri sul reciproco riconoscimento delle società⁶, sia il processo di armonizzazione dei diritti societari da attuarsi a livello comunitario⁷.

⁵ Oltre agli innumerevoli esempi di pratiche discriminatorie sia dirette (ossia direttamente basate sul criterio della differente nazionalità di una società), sia indirette (in cui la discriminazione non avviene direttamente sulla base della nazionalità, bensì di altre caratteristiche che comunque hanno l'effetto di impedire o rendere molto difficile per le persone giuridiche straniere l'esercizio del diritto di stabilimento) poste in essere dagli Stati membri nei confronti di società straniere, è possibile parlare anche di una vera e propria "crisi di lealtà" da parte degli Stati membri, consistente nell'opposizione o resistenza di questi ultimi all'attuazione di alcune direttive comunitarie di armonizzazione in materia societaria, oppure, addirittura, nell'introduzione di norme in contrasto con la regola comunitaria stessa; su tale crisi di lealtà (e relativa casistica esemplificativa), cfr. G. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 95 ss., in cui viene svolta un'interessante analisi della questione. Gli stessi concetti si possono ritrovare anche in G. PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 137 ss.

⁶ Processo che trova la propria base di legittimazione nell'art. 293 CE (ex 220) il quale prevede l'avvio, per quanto occorra, di negoziati tra gli Stati membri in vista di accordi intesi a realizzare, tra l'altro, «il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese ad un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse».

Com'è noto, questa norma è rimasta di fatto lettera morta: il primo e, per ora, unico tentativo di utilizzare lo strumento della negoziazione diretta da questa previsto è rappresentato dalla Convenzione firmata a Bruxelles il 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, mai entrata in vigore poiché era richiesta la ratifica di tutti gli Stati membri (sei a quell'epoca) della Comunità economica europea e soltanto cinque la diedero, mancando all'appello i Paesi Bassi.

⁷ Il fallimento della suddetta Convenzione di Bruxelles e, di conseguenza, la perdurante incompatibilità delle soluzioni internazionalprivatistiche, spostarono l'attenzione degli Stati europei dalle ordinarie procedure di negoziazione di convenzioni internazionali al processo di armonizzazione delle norme nazionali in materia di diritto societario attraverso specifiche normative comunitarie, sul presupposto che tale forma di ravvicinamento avrebbe comunque favorito il mutuo riconoscimento delle società e, pertanto, la loro circolazione nell'ambito del mercato interno. Tale azione di coordinamento ed armonizzazione del diritto societario materiale degli Stati membri è basata sul contenuto dell'art. 44, comma 2, lett. g. del Trattato CE (ex 54), che stabilisce: «per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività, il Consiglio (...) delibera mediante direttive. Il Consiglio e la Commissione esercitano le funzioni a loro attribuite in virtù delle disposizioni che precedono, in particolare (...) coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 48, secondo comma, per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi». L'opera di coordinamento del diritto societario, per quanto ancora parziale, si è tradotta nell'adozione delle numerose direttive del Consiglio già cit. *supra*, nota 3.

Con riferimento al diritto di stabilimento e, in particolare, al diritto di stabilimento delle società, il contributo della Corte è stato determinante.

Da un lato la Corte, come è noto, con una giurisprudenza particolarmente avanzata⁸ ha attribuito efficacia diretta alle disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento, mediante un'interpretazione evolutiva degli artt. 52 ss. (ora 43 ss.) del Trattato Ce, modificando così l'impostazione originaria⁹.

Dall'altro lato, la Corte ha contribuito in modo decisivo ad avviare il processo di armonizzazione dei differenti diritti societari nazionali.

Grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, l'art. 48 del Trattato Ce ha potuto svolgere un'azione molto più incisiva in favore del processo di armonizzazione dei diritti nazionali delle società di quella originariamente consentita dal testo dello stesso art. 48¹⁰.

Tale processo di armonizzazione ha conosciuto un palese rallentamento, rilevabile già dalla fine degli anni '80 del secolo passato e seguito, subito dopo la metà degli anni '90, da un vero e proprio «stato di crisi» (l'espressione è di G. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, cit. *supra*, nota 5, p. 95) che ne ha determinato una vera e propria battuta d'arresto; tutto ciò può essere imputato soprattutto a due fattori: da un lato alle sempre maggiori difficoltà, crescenti col progredire dell'integrazione giuridica, a raggiungere punti d'incontro tra i vari Stati membri; dall'altro lato a quella suddetta "crisi di lealtà" (cfr. *supra*, nota 5) da parte degli Stati membri, consistente nell'opposizione o resistenza di questi ultimi all'attuazione delle direttive, oppure, addirittura, nell'introduzione di norme in contrasto con la regola comunitaria. Il risultato che si può desumere da tutto ciò è piuttosto evidente: non diversamente dal metodo negoziale, nemmeno il processo di armonizzazione dei diversi diritti societari degli Stati membri, nonostante gli sforzi compiuti, è stato in grado di risolvere in modo soddisfacente tutti i problemi derivanti dal potenziale conflitto tra le diverse discipline nazionali in materia.

⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, 1974, p. 631 ss.; del 28 aprile 1977 in causa n. 71/76, *Thieffry*, in *Raccolta*, 1977, p. 765 ss. nonché del 28 giugno 1977 in causa n. 11/77, *Patrick*, in *Raccolta*, 1977, p. 1199 ss.; cfr. anche, per ciò che concerne specificatamente la libera prestazione di servizi, la sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974 in causa n. 33/74, *Van Binsbergen*, in *Raccolta*, 1974, p. 1299 ss.

⁹ Sulla base di tale impostazione originaria, durante il periodo transitorio furono elaborati due complessi Programmi generali per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, approvati il 18 dicembre 1961 («Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento» del 18 dicembre 1961 e «Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi» del 18 dicembre 1961, in *Guce* n. 2 del 15 gennaio 1962), nei quali era appunto prevista una casistica esemplificativa delle restrizioni allo stabilimento (e alla circolazione dei servizi) da sopprimere; inoltre, venne altresì stabilita l'emanazione di direttive settoriali relative sia alla soppressione delle restrizioni, che all'armonizzazione delle disposizioni nazionali. Tuttavia, nonostante un preciso scadenario e la presentazione di oltre settanta direttive, le realizzazioni alla fine del periodo transitorio (31 dicembre 1969) risultarono sostanzialmente marginali.

¹⁰ È d'altronde facile constatare come l'art. 48 CE, non operi una scelta tra i diversi collegamenti generalmente diffusi in materia societaria: al contrario essa fa un uso cumulativo di tutti i criteri astrattamente disponibili, ponendo sullo stesso piano la sede sociale, l'amministrazione centrale ed il centro di attività principale e richiedendo, al contempo, che la società sia costituita conformemente alla legislazione di uno Stato membro; tale disposizione dà, dunque, questo problema per risolto e solo si preoccupa di facilitare l'attività d'impresa delle società collegate in vario modo con l'ordinamento comunitario. Da ciò si trae anche la conseguenza ulteriore che l'art. 48 CE non è di per sé idoneo ad eliminare i conflitti che si pongono tra sistemi giuridici che adottano criteri diversi al fine di individuare la legge regolatrice delle società; esso mira più semplicemente a definire l'ambito di applicazione delle norme comunitarie sul diritto di stabilimento e a determinare quali soggetti godano di tale libertà, al fine di evitare che i diritti di origine comunitaria possano essere attribuiti ad entità prive di effettivi collegamenti con il territorio degli Stati membri.

4. Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di stabilimento delle società

La Corte di giustizia ha reso possibile l'affermazione del diritto di stabilimento in materia societaria mediante una giurisprudenza che, comunque, non sempre è stata caratterizzata da una chiara e sicura linearità.

Tale giurisprudenza ha seguito un'evoluzione costante, in funzione dei casi concreti che ha dovuto affrontare e risolvere nel corso di oltre trent'anni, a partire dalla sentenza *Reyners* del 1974.

a. *Le prime decisioni della Corte: i casi Commissione c. Repubblica francese e Segers*

La prima sentenza veramente significativa della Corte, nel percorso giurisprudenziale di interpretazione della libertà di stabilimento delle società, è stata la sentenza *Commissione c. Repubblica francese*¹¹ (o, come viene più comunemente indicata, sentenza «*avoir fiscal*») del 28 gennaio 1986. Nel caso di specie, si trattava di un'azione per inadempimento promossa dalla Commissione contro la Repubblica francese a causa del particolare regime fiscale vigente in Francia. La legislazione fiscale francese, infatti, attribuiva un certo credito d'imposta (c.d. «*avoir fiscal*») solo alle società aventi la propria sede sociale sul territorio nazionale francese e non anche alle agenzie e succursali di società di altri Stati membri. La Corte, in questa sentenza, ha per la prima volta espressamente riconosciuto alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro per mezzo di agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti dalla legge dello Stato ospitante alle proprie società nazionali¹². Altra fondamentale affermazione fatta dalla Corte di giustizia in tale caso è quella in base alla quale la sede delle società commerciali, nel senso di cui all'art. 48, «serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato»¹³. Proprio quest'ultima affermazione sarà poi ripresa dalla Corte in numerose occasioni successive.

La seconda decisione che occorre prendere in considerazione è la sentenza *Segers*¹⁴ del 10 luglio 1986: nel caso di specie un cittadino olandese, il signor Segers, amministrava una società avente la propria sede sociale nei Paesi Bassi; in seguito, esclusivamente per ragioni di *marketing*, decideva di costituire una "*private company limited by shares*" nel Regno Unito, contemporaneamente

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986 in causa n. 270/83, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1986, p. 273 ss.

¹² Cfr. sentenza *Commissione c. Repubblica francese*, *loc. cit.* punti 18 e 27.

¹³ Cfr. ancora il punto 18 della sentenza *Commissione c. Repubblica francese*, *loc. ult. cit.*

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1986 in causa 79/85, *Segers*, in *Raccolta*, 1986, p. 2375 ss.

trasformando la società olandese in un'affiliata della nuova società britannica; tuttavia la succursale olandese continuava, in pratica, a svolgere tutte le attività sociali. La controversia nasceva dunque dal rifiuto opposto dalle autorità dei Paesi Bassi di attribuire al signor Segers (e cioè ad un proprio cittadino), in quanto divenuto amministratore di una società inglese, un beneficio previdenziale di cui questi avrebbe invece goduto ove la società avesse mantenuto la sede all'interno del territorio nazionale. In tale sentenza, la Corte ha innanzitutto ribadito la massima della decisione sull'«*avoir fiscal*» in base alla quale la sede delle società serve per determinare, alla stessa stregua delle persone fisiche, la loro appartenenza all'ordinamento giuridico di uno Stato membro¹⁵. In secondo luogo la Corte ha chiaramente stabilito come uno Stato membro non possa discriminare una società costituita a norma del diritto di un altro Stato membro, anche se, manifestamente, la società straniera non svolge alcuna attività commerciale nel proprio Paese di costituzione, e che l'esigenza di prevenire gli abusi non giustifica una siffatta discriminazione. La Corte conclude dunque che, se tutte le condizioni previste dall'art. 48 Ce sono soddisfatte, il fatto che una società svolga la propria attività mediante un'agenzia, una succursale o una filiale solo in un altro Stato membro deve ritenersi irrilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni sul diritto di stabilimento¹⁶. In quest'ultima affermazione è possibile individuare un primo embrionale riconoscimento, da parte della Corte, della facoltà per gli operatori economici comunitari di scegliere la legge regolatrice in cui incardinare la propria attività commerciale.

b. *Il caso Daily Mail*

La terza tappa fondamentale è costituita dalla sentenza *Daily Mail*¹⁷) del 27 settembre 1988, la prima in cui la Corte abbia dovuto affrontare la que-

¹⁵ Cfr. sentenza *Segers*, cit. supra, nota 14, punto 13.

¹⁶ Cfr. sentenza *Segers*, loc. cit., punto 16.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 81/87, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust P.L.C.*, in *Raccolta*, 1988, p. 5483 ss. Su tale sentenza si vedano in particolare i commenti di: F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in questa *Rivista*, 1990, p. 50 ss.; L. CERIONI, *The barriers to international mobility of companies within the E.C.: a re-reading of the case law*, in *Jour. of business law*, 1999, p. 59 ss.; J. LEVER, *Note alla sentenza Daily Mail*, *CMLR*, 1989, p. 327 ss. J. VAN HOORN, *Note alla sentenza Daily Mail*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, p. 377 ss.

Si vedano inoltre le interessanti riflessioni su tale sentenza presenti in: T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella CE. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.; M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 569 ss.; F. FERRARI, *E.U. corporate tax law ed i progetti di direttiva sul trasferimento di sede di società da un paese membro ad un altro*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 399 ss.; L. GIULIANI-THOMPSON, *Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 229 ss.; Y. LOUSSOUARN, *Le droit d'établissement des sociétés*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 229 ss.; E. WYMEERSCH, *The Transfer of Company's Seat in European Company Law*, cit. supra, nota 4.

stione dell'applicazione delle regole del Trattato Ce ad un caso di stabilimento primario o a titolo principale. La *Daily Mail* era una società britannica, avente sia la propria sede sociale che la sede effettiva nel Regno Unito; essa, esclusivamente per ragioni fiscali, intendeva trasferire solo quest'ultima nei Paesi Bassi, senza dunque perdere la propria originaria personalità giuridica di diritto britannico. Per far ciò, avrebbe avuto bisogno di una specifica autorizzazione della competente autorità fiscale britannica¹⁸ che le fu invece rifiutata per timore che la stessa, attraverso il trasferimento della propria sede reale, potesse sottrarsi al fisco inglese. Di fronte al rifiuto, la *Daily Mail* iniziava un procedimento giudiziario al fine di ottenere l'abrogazione delle norme fiscali inglesi coinvolte per manifesta incompatibilità con gli artt. 52 e 58 (ora 43 e 48) del Trattato Ce, i quali le attribuirebbero il diritto di trasferire la sede della direzione in altro Stato membro senza previa autorizzazione, oppure di ottenere un'autorizzazione senza condizioni.

In tale sentenza la Corte ha affermato che sono legittime, allo stato attuale del diritto comunitario, le disposizioni del Paese d'origine che, in relazione al trasferimento della sede sociale verso un altro Stato membro, prevedono delle limitazioni (nella fattispecie una previa autorizzazione dell'amministrazione fiscale) al mantenimento, da parte della società che intende trasferirsi, della propria personalità giuridica d'origine¹⁹. Ciò perché «diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento»²⁰ e che, pertanto, possono imporre restrizioni al trasferimento della loro sede effettiva all'estero. Tale sentenza, sembrando di fatto sancire l'impossibilità, allo stato attuale del diritto comunitario, di esercitare il diritto di stabilimento a titolo principale da parte delle società, ha avuto per lungo tempo carattere assai controverso²¹, ponendo anche gravi problemi di coordinamento con le decisioni successive della Corte sul

¹⁸ Cfr. la Section 482.1 dell'allora vigente *Income Corporation Taxes Act 1970*, la quale disponeva: «Subject to the provisions of this section, all transactions of the following classes shall be unlawful unless carried out with the consent of the Treasury, that is to say: a. for a body corporate resident in the United Kingdom to cease to be so resident; (...)».

¹⁹ Cfr. sentenza *Daily Mail*, cit. supra, nota 17, punti 20-24 e la parte di dispositivo contenuta nel punto 25.

²⁰ Cfr. sentenza *Daily Mail*, loc. cit., punto 19.

²¹ Cfr. ad esempio, senza alcuna pretesa di esaustività, P. BEHRENS, *Die grenzüberschreitender Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1989, p. 354 ss., spec. p. 357; F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, cit. supra, nota 17; W. MEILICKE, *Sitztheorie und EWG – Vertrag nach Handels- und Steuerrecht*, RIW, 1990, p. 449 ss.; A. P. REINDL, *Companies in the European Community: are the Conflict of law Rules ready for 1992?*, in *Michigan Jour. Int. Law*, 1990, p. 1270 ss.; T. TRIDIMAS, *The case-law of the European Court of Justice on Corporate Entities*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 343 ss.

medesimo argomento²², che paiono invece andare in senso totalmente opposto a quello del caso di specie. Tutto ciò si è protratto finché la stessa Corte, nella successiva sentenza *Überseering*²³, si è preoccupata di far prevalere un'interpretazione restrittiva della sentenza in questione, ottenendo così il risultato di coordinarla con gli indirizzi giurisprudenziali successivi²⁴: la Corte afferma che, con tale sentenza, essa si era soltanto limitata a constatare come sia la facoltà, per una società validamente costituita in uno Stato membro, di trasferire la sua sede sociale o effettiva in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui gode nel proprio Stato di costituzione, sia le modalità di tale trasferimento, fossero determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società era stata costituita. Sulla base di ciò, la Corte ha dunque concluso che uno Stato membro aveva la possibilità di imporre, ad una propria società, restrizioni al trasferimento della sua sede effettiva al di fuori del suo territorio affinché essa potesse conservare la personalità giuridica di cui beneficiava in base al diritto di questo stesso Stato. La sentenza, quindi, non sancisce la legittimità di restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dello Stato d'origine, ma riconosce semplicemente che detto Stato d'origine possa non mantenere ulteriormente la personalità giuridica di diritto interno della società a seguito del trasferimento della sua sede all'estero, impregiudicati però sia il diritto della società ad esercitare il proprio diritto di trasferirsi, sia l'obbligo di riconoscimento, da parte del medesimo Stato d'origine, della nuova personalità giuridica di diritto straniero che l'ente eventualmente acquisisca come conseguenza del trasferimento.

c. Il caso Centros

Il punto di vista dello Stato nel quale viene svolta l'attività sociale è invece analizzato nella sentenza *Centros*²⁵ del 9 marzo 1999, vera e propria

²² Sulle quali cfr. *infra*, punti c. - e. del presente paragrafo.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00, *Überseering B.V. c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9919 ss., sulla quale cfr. *infra*, punto d. del presente paragrafo.

²⁴ Cfr. sentenza *Überseering*, *cit.*, punti 70-73; nel senso di leggere una continuità nelle decisioni della Corte in materia di libertà di stabilimento, cfr. il contributo di M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, *cit. supra*, nota 17.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros L.T.D. c. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 ss. Tra l'immensa produzione dottrinale relativa a tale sentenza si vedano in particolare i commenti di: A. BARONE, *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Notariato*, 2002, p. 89 ss.; P. BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros – Urteil des EuGH*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1999, p. 323 ss.; C. CARRARA, *Il caso Centros e il criterio di collegamento internazionaleprivatistico della sede effettiva*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2001, p. 827 ss.; M. CRUYSMANS, *Note alla sentenza Centros*, in *Rev. dr. comm. belge*, 1999, p. 364 ss.; A. DELLA CHÀ, *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the E.C.J.*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 925 ss.; S. FORTUNATO, *La libertà di stabilimento delle società in una recente sentenza della Corte di giustizia: il caso Centros*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 83 ss.;

«landmark decision» da cui prenderanno le mosse tutti gli sviluppi giurisprudenziali successivi.

La controversia, sorta di fronte al giudice *a quo*, trae origine dal rifiuto opposto dalla Direzione Generale del commercio e delle società danese, amministrazione dipendente dal Ministero del commercio, di procedere alla registrazione di una succursale della *Centros*, una società a responsabilità limitata di diritto britannico. Le uniche due azioni della società risultavano intestate ai coniugi Bryde, cittadini danesi residenti in Danimarca, mentre la sede legale della società si trovava nel Regno Unito. Il capitale sociale della *Centros*, pari a cento sterline, non era mai stato effettivamente versato, non essendo ciò richiesto dalla legislazione britannica, e si trovava conservato presso il domicilio dei due azionisti; inoltre, la società in realtà non aveva mai operato nel Regno Unito e, nelle intenzioni dei soci fondatori, avrebbe dovuto esercitare la propria attività commerciale esclusivamente in Danimarca, attraverso la succursale all'uopo costituita. Trattasi, in buona sostanza, di un tipico caso di "pseudo-foreign corporation" (società pseudo-straniera)²⁶ in quanto sprovvista di qualsiasi legame effettivo con lo Stato di costituzione ed operante esclusivamente in un altro Stato membro per mezzo di una vera e propria casa ma-

S. FORTUNATO, *Note alla sentenza Centros*, in *Foro it.*, 2000, c. 317 ss.; R. FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 267 ss.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società commerciali, norme di conflitto nazionali e frode alla legge*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; P. KINDLER, *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die Centros Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht*, in *NJW*, 1999, p. 1993 ss.; S. LEIBL, *Anmerkung*, in *NZG*, 1999, p. 300 ss.; A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, *Centros LTD: a complete U-turn in the right of establishment for companies?*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2000, p. 621 ss.; S. MECELLI, *La libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'U.E.*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2000, p. 83 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *La libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 559 ss.; F. MUNARI - P. TERRILE, *The Centros case and the rise of an E.C. market for corporate law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 1 ss.; G. PARLEANI, *Note alla sentenza Centros*, in *Rev. soc.*, 1999, p. 386 ss.; A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292 ss.; W. H. ROTH, *Note alla sentenza Centros*, *CMLR*, 2000, p. 147 ss.; O. SANDROCK, *Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*, in *Betriebsberater*, 1999, p. 1337 ss.

Si vedano inoltre le interessanti riflessioni su tale sentenza presenti in: T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella CE. Da Daily Mail a Überseering*, *cit. supra*, nota 17; M. V. BENEDETTI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, *cit. supra*, note 17 e 24; M. V. BENEDETTI, *Diritto internazionale privato delle società*, in P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 206 ss.; S. M. CARBONE, *La corporate governance della società europea nel reg. n. 2157/2001*, *cit. supra*, nota 3, p. 18-20; G. PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Notariato*, 2004, p. 356 ss.; M. SIEMS, *Convergence, competition, Centros and conflict of law*, in *EL Rev.*, 2002, p. 47 ss.; J. WOUTERS, *European Company Law: "quo vadis"*, *CMLR*, 2000, p. 256 ss.; D. ZIMMER, *Mysterium Centros - Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes*, in *Zeitschrift gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, p. 23 ss.

Cfr., infine, le relazioni presentate al convegno «*The Delaware effect - The race to the bottom in European Law?*», organizzato dal Centre for European Legal Studies dell'università di Cambridge (13 novembre 1999) ed il documento «*The judgement of the European Court of Justice in the Centros Case and its possible consequences*» del Department of Trade and Industry britannico (novembre 1999).

²⁶ L'espressione si ritrova nel classico studio di E. R. LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, in *Yale Law Jour.*, 1955, p. 137 ss.

dre "travestita" da succursale. Nella fattispecie, dei cittadini danesi, residenti in Danimarca, intendevano svolgere nel proprio Paese un'attività d'impresa utilizzando però una forma societaria propria di un altro Stato membro e, per giunta, disciplinata in modo assai più liberale. Di fronte a tale ipotesi, l'amministrazione danese aveva rifiutato la registrazione della succursale, ritenendo che la costituzione della società nel Regno Unito avesse il solo scopo di eludere la più severa disciplina danese sulle società a responsabilità limitata ed in particolare sul loro capitale sociale minimo²⁷. L'esercizio del diritto di stabilimento sarebbe stato dunque, in tale caso, una forma di abuso, finalizzato esclusivamente ad aggirare le norme dello Stato in cui la società voleva in effetti esercitare la sua attività. I giudici comunitari hanno disatteso la posizione dell'amministrazione danese, decidendo per l'incompatibilità con gli artt. 52 e 58 (ora 43 e 48) del Trattato Ce del rifiuto opposto dalle autorità danesi di procedere alla registrazione della succursale della *Centros*. La Corte ha raggiunto tale decisione finale attraverso l'affermazione di una serie di principi dall'importanza capitale per quanto concerne la mobilità societaria in Europa. Tale è stata la portata delle statuizioni formulate dalla Corte nel caso in esame, che si ritiene abbiano generato una vera e propria nuova dottrina comunitaria, chiamata appunto «dottrina *Centros*»²⁸, costituita da almeno quattro principi cardine:

a. esiste, direttamente a livello dell'ordinamento comunitario, un vero e proprio diritto soggettivo dei cittadini comunitari, intenzionati a creare una società, di scegliere liberamente lo Stato membro in cui costituirla (ad esempio lo Stato membro le cui norme di diritto societario sembrano loro meno severe o più vantaggiose) per poi creare successivamente delle succursali in altri Stati membri diversi; secondo la Corte, tale circostanza non solo non può costituire di per sé (cioè in mancanza di elementi di prova obiettivi da dimostrarsi caso per caso) un abuso del diritto di stabilimento, ma deve anche essere considerata come facoltà inerente all'esercizio stesso del diritto in esame²⁹.

b. Non può ritenersi sufficiente a dimostrare l'esistenza di un abuso del diritto di stabilimento nemmeno il fatto che la società non svolga alcuna attività nel proprio Stato di costituzione ed eserciti l'intera sua attività commerciale unicamente nello Stato membro di stabilimento, non mantenendo dunque con il primo Stato alcun collegamento effettivo se non, appunto, la scelta della legge operata al momento della sua costituzione; anche una tale circo-

²⁷ Cfr. la sezione 1.3 della legge danese sulle società a responsabilità limitata. All'epoca del caso di specie, era richiesto un capitale sociale minimo di 200.000 corone danesi (corrispondenti a circa 17.500 sterline) da versarsi interamente; successivamente, con legge del 1996, l'importo è stato ridotto a 125.000 corone danesi; tuttavia, tale legge contiene regole ancora più severe per quanto concerne la salvaguardia del capitale sociale.

²⁸ Cfr., per tutti, M. V. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, cit. supra, nota 25.

²⁹ Cfr. sentenza *Centros*, cit. supra, nota 25, punti 25-30.

stanza deve essere considerata inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato e non può essere dunque utilizzata per giustificare, di per sé, restrizioni a tale libertà³⁰).

c. I provvedimenti nazionali che possono legittimamente ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento per motivi di interesse generale devono soddisfare quattro condizioni d'ammissibilità (non soddisfatte nel caso di specie): non discriminatorietà, giustificazione in base a motivi imperativi di interesse pubblico, idoneità a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, proporzionalità (cioè non andare oltre quanto è strettamente necessario per il raggiungimento dello scopo)³¹.

d. È comunque fatta salva la facoltà delle autorità del Paese di stabilimento di adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo stesso Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato³². Sembra dunque possibile interpretare tale brano della sentenza *Centros* nel senso che, in presenza di una accertata manovra in frode alla legge nazionale, il diritto comunitario non impedisce al giudice nazionale di ricorrere a misure preventive e repressive, ove necessario, anche nei confronti di società incorporate in un altro Stato membro. Il problema diviene quello di stabilire di quali misure possa concretamente trattarsi, problema particolarmente delicato e di fatto ancora insoluto, data la mancanza di indicazioni specifiche da parte della Corte.

Occorre dunque mettere in evidenza come i suddetti punti focali della «dottrina *Centros*» conducano ad una conseguenza di estrema rilevanza: la netta ed incontrovertita affermazione dell'esistenza, in ambito comunitario, di una totale autonomia privata in materia di costituzione delle società, svincolata da ogni tipo di considerazione sull'effettiva localizzazione dell'attività sociale e senza che abbiano alcuna rilevanza i motivi soggettivi alla base della scelta³³.

In conclusione sembra opportuno rilevare, ad ulteriore dimostrazione della sua enorme portata (comunque già di per sé sufficientemente evidente per

³⁰ Cfr. sentenza *Centros*, cit. supra, nota 25, punti 16-18 e 25-30.

³¹ Cfr. sentenza *Centros*, loc. cit., punti 31-38 ed in particolare il punto 34.

³² Cfr. sentenza *Centros*, loc. ult. cit., punto 38; cfr. anche il dispositivo al punto 39.

³³ Cfr. sentenza *Centros*, cit., punto 27; sul punto, cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola (in *Raccolta*, 1999, I, p. 1461 ss.), in particolare il punto 16 (in cui si parla dell'esistenza, nell'ambito comunitario, di una vera e propria «libertà di scegliere la forma giuridica più idonea per lo svolgimento dell'attività commerciale in altro Stato membro») ed il punto 20 (in cui l'Avvocato Generale, nell'osservare che i motivi che conducono una società ad esercitare il diritto di stabilimento devono restare del tutto irrilevanti, afferma come la sentenza in esame abbia ridefinito il contenuto della libertà di stabilimento, la quale viene estesa a tutelare «l'opportunità di iniziativa economica (...) e insieme con essa la libertà negoziale di giovare degli strumenti a tal fine predisposti negli ordinamenti degli Stati membri»).

quanto concerne la mobilità societaria in Europa), come tale principio di autonomia privata, affermatosi con la sentenza *Centros*, abbia provocato l'innescio di alcuni dei più vasti ed intensi dibattiti dottrinali degli ultimi anni, su tutti quello relativo all'eventuale introduzione in ambito comunitario di una vera e propria "concorrenza" degli ordinamenti societari nazionali³⁴, quello concernente la rilevanza delle dottrine dell'«abuso del diritto» e della «frode alla legge» nell'ordinamento comunitario³⁵ ed infine quello internazionalprivatistico sulla compatibilità con la libertà di stabilimento e la relativa autonomia privata da essa assicurata di tutte quelle norme di conflitto nazionali che identificano nella «sede reale» (*Sitztheorie*) il criterio di individuazione della legge applicabile alle società commerciali e che dunque, ispirandosi a principi del tutto opposti, si traducono inevitabilmente nella negazione di siffatta autonomia³⁶. Tali dibattiti testimoniano l'enorme interesse che la presente decisione ha suscitato in gran parte della dottrina europea la quale, pur non sempre giungendo a conclusioni del tutto univoche, ne ha comunque sempre rilevato l'estrema importanza ai fini della definizione e dello sviluppo del diritto societario europeo.

d. Il caso *Überseering*

Le suddette conclusioni sono state integralmente ribadite dalla sentenza *Überseering*³⁷ del 5 novembre 2002, che rappresenta il vero e proprio primo

³⁴ Questo aspetto viene sottolineato al punto 20 delle conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola: «in assenza di armonizzazione (...) è la concorrenza tra i sistemi normativi a dover avere libero gioco, anche in materia societaria». Sulla materia, cfr. l'approfondita analisi di S. DEAKIN, *Regulatory Competition versus Harmonization in European Corporate Law*, relazione al convegno *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, del 21-22 ottobre 1999, organizzato dalla Yale Law School. Cfr. anche G. PARLEANI, *Note alla sentenza Centros*, cit. *supra*, nota 25; C. D. EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, RMCUE, 1995, p. 220 ss. Cfr. infine le relazioni presentate al convegno *The Delaware effect – The race to the bottom in European Law?*, organizzato dal Centre for European Legal Studies dell'università di Cambridge (13 novembre 1999), cit. *supra*, nota 25.

³⁵ Sulla ricostruibilità di una nozione generale di abuso del diritto all'interno dell'ordinamento comunitario e di un corrispondente principio che legittimi tale nozione quale tecnica di controllo dell'esercizio di prerogative comunitarie, cfr. M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società commerciali, norme di conflitto nazionali e frode alla legge*, cit. *supra*, nota 25.

³⁶ Per una panoramica generale sulla materia internazionalprivatistica, si veda *supra*, nota 4. Da questo punto di vista, la dottrina si è divisa fondamentalmente tra una parte preponderante la quale ritiene che la Corte di giustizia, con la pronuncia *Centros*, abbia imposto quanto meno una limitazione alla *Sitztheorie* (ma non manca chi ne fa derivare un'eliminazione assoluta della teoria dal panorama comunitario), e chi, per contro, restringe la portata applicativa della sentenza limitandola il più possibile al caso deciso in concreto, vale a dire ai soli Paesi aderenti alla teoria dell'incorporazione (*Gründungstheorie*). In ogni caso, è importante notare che, da un punto di vista formale, la Corte non si è dovuta pronunciare direttamente sul problema in esame dal momento che, in materia societaria, tanto l'ordinamento danese quanto quello britannico si ispirano sostanzialmente alla medesima teoria dell'incorporazione (*Gründungstheorie*) quale criterio di collegamento ai fini della identificazione della *lex societatis*; il problema, dunque, si è posto esclusivamente sul piano teorico.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00, *Überseering*, cit. *supra*, nota 23. Su tale sentenza si vedano in particolare i commenti di: V. ALLOTTI - F. PER-

banco di prova del "dopo *Centros*", l'occasione per la Corte di giustizia di chiarire la portata dei principi ivi affermati, confermando la strada imboccata o procedendo ad una repentina inversione di marcia. Ciò ancora di più, tenendo conto del fatto che, nel presente caso, ci si trova di fronte ad un'ipotesi di stabilimento primario, ipotesi finora affrontata esclusivamente nel caso *Daily Mail*, antecedente alla sentenza *Centros* e, dunque, non ancora influenzata dai principi in essa affermati. Il caso di specie si riferisce al riconoscimento transnazionale della personalità giuridica di una società dopo la sua valida costituzione in uno Stato membro. La *Überseering*, società a responsabilità limitata regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove aveva anche la propria sede sociale, si era vista disconoscere la capacità giuridica e processuale nel corso di un procedimento civile avviato in Germania, Paese dove essa era proprietaria di immobili e svolgeva la propria attività commerciale. L'autorità giudiziaria tedesca aveva infatti ritenuto che, a seguito dell'acquisizione da parte di due cittadini tedeschi della totalità delle azioni della società, la sede amministrativa di questa dovesse intendersi trasferita in Germania e che, di conseguenza, la sua capacità giuridica e processuale avrebbe dovuto essere valutata ai sensi del diritto tedesco. La Germania aderisce infatti prevalentemente alla *Sitztheorie* (teoria della sede)³⁸ secondo la quale il luogo in cui si trova la sede amministrativa effettiva di una società rappresenta il criterio privilegiato di individuazione della legge regolatrice ad essa applicabile. Nel caso di specie,

NAZZA, *Note alla sentenza Überseering*, in *Le società*, 2003, p. 903 ss.; L. BARRA-CARACCILO, *Libertà di stabilimento e rilevanza della persona giuridica riconosciuta presso un altro stato membro: prime aperture della Corte di giustizia europea*, in *Foro amm.*, 2002, p. 2754 ss.; P. BEHRENS, *EuGH klärt Niederlassungsfreiheit von Gesellschaftsrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 737 ss.; P. BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering – Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, p. 107 ss.; G. COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 305 ss.; G. COSCIA, *La teoria o della sede effettiva o Sitztheorie e la libertà di stabilimento societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 703 ss.; P. DYRBERG, *Full free movement of companies in the E.C. at last?*, in *EL Rev.*, 2003, p. 528 ss.; W. F. EBKE, *Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig*, in *Betriebsberater*, 2003, I; U. FORSTHOFF, *EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht*, in *Der Betriebsberater*, 2002, p. 2471 ss.; M. GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'U.E.: un nuovo caso "Delaware"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 137 ss.; S. LEIBLE - J. HOFFMANN, *"Überseering" und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie*, *RIW*, 2002, p. 925 ss.; C. LICINI, *Note alla sentenza Überseering*, in *Notariato*, 2003, p. 348 ss.; S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso Überseering: tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, p. 456 ss.; M. LUTTER, *Überseering und die Folgen*, in *Betriebsberater*, 2003, p. 7 ss.; G. H. ROTH, *Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, p. 107 ss.; S. WERNICKE, *Anmerkung*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 758 ss.; D. ZIMMER, *Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH*, in *Betriebsberater*, 2003, p. 1 ss. Si vedano inoltre le interessanti riflessioni su tale sentenza presenti in: T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella CE. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, *cit. supra*, nota 17; G. PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, *cit. supra*, nota 25; W. H. ROTH, *From Centros to Überseering: free movement of companies, private international law and community law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2003, p. 177 ss.; E. WYMEERSCH, *The Transfer of Company's Seat in European Company Law*, *cit. supra*, note 4 e 17.

³⁸ Per una panoramica generale sulla materia internazionalprivatistica, si veda *supra*, nota 4.

la *Überseering*, per poter ottenere la personalità giuridica (e, dunque, anche processuale) in Germania, avrebbe dovuto ricostituirsi *ex novo* secondo le norme societarie del diritto tedesco, contemporaneamente estinguendosi come società di diritto olandese; in mancanza di ciò, le è stata negata la possibilità di agire in giudizio per far valere le obbligazioni contratte nel corso della sua attività, in quanto priva della necessaria capacità giuridica. La Corte, adita sulla questione, si è posta in piena continuità con la «dottrina *Centros*» da essa introdotta nel relativo caso³⁹ ed ha chiaramente stabilito che uno Stato membro non possa negare la capacità giuridica e processuale ad una società, una volta che questa sia stata costituita conformemente al diritto di un altro Stato membro, anche nel caso in cui lo Stato ospite ritenga, in applicazione dei criteri di collegamento previsti dal proprio sistema di diritto internazionale privato, che detta società abbia trasferito la propria sede sul suo territorio e debba pertanto essere assoggettata alla sua normativa nazionale⁴⁰. La Corte prima di tutto sottolinea come alla *Überseering*, in quanto società regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove ha la sua sede sociale, derivi dagli artt. 43 e 48 Ce il diritto di esercitare la sua attività di stabilimento in Germania in quanto tale, cioè come società di diritto dei Paesi Bassi; poco importa a tal riguardo che, successivamente alla costituzione di questa società, la totalità del suo capitale sia stata acquisita da cittadini tedeschi residenti in Germania, in quanto non sembra che tale circostanza abbia fatto perdere alla detta società la personalità giuridica di cui essa gode nell'ordinamento dei Paesi Bassi e che, dunque, si renda necessaria la ricostituzione della società in Germania. La Corte può allora concludere che la negazione da parte di uno Stato membro della capacità giuridica di una società costituita conformemente al diritto di un altro Stato membro in cui abbia la sede sociale, equivale alla negazione stessa della libertà di stabilimento ed è quindi incompatibile, in via di principio, con gli artt. 43 e 48 Ce⁴¹.

Lo Stato membro di stabilimento sarà dunque tenuto a rispettare la capacità giuridica e processuale che una società possiede in forza del diritto del proprio Stato membro di costituzione. La Corte concede che, in talune circostanze e rispettando talune condizioni, l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale possa giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, ma sottolinea anche come gli obiettivi perseguiti non possano comunque mai giustificare la negazione della capacità giuridica, ossia dello *status* di società va-

³⁹ L'Avvocato Generale Colomer, al punto 1 delle sue conclusioni (cfr. la relazione d'udienza, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9919 ss.), parla di «coerente completamento» della precedente sentenza *Centros*; cfr. anche il punto 30 delle stesse conclusioni in cui si dice che la sentenza *Überseering* è costruita ed argomentata proprio sulla base di *Centros*, come sviluppo giurisprudenziale in assenza di sviluppo legislativo.

⁴⁰ Cfr. sentenza *Überseering*, *cit. supra*, nota 23, punto 94.

⁴¹ Cfr. sentenza *Überseering*, *loc. cit.*, punti 81 e 82.

lidamente costituita in un altro Stato membro⁴². Gli Stati membri possono, quindi, prevedere limitazioni all'esercizio del diritto di stabilimento per la protezione di interessi generali, ma alla ferma condizione di non pregiudicare l'esistenza della società validamente costituita, misura giudicata sproporzionata rispetto a qualsiasi obiettivo perseguito.

e. *Il caso Inspire Art*

Altra decisione pienamente in linea con l'orientamento precedente è costituita dalla sentenza *Inspire Art*⁴³ del 30 settembre 2003, con la quale la Corte aggiunge un nuovo importante tassello nel proprio orientamento in tema di libertà di stabilimento delle società, un orientamento che ha visto nei precedenti *Centros* e *Überseering* i passaggi fondamentali. In particolare, nel caso che ha dato origine alla sentenza in esame, la Corte è stata chiamata a giudicare circa la compatibilità di alcuni articoli della «*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*»⁴⁴ olandese con gli artt. 43, 46 e 48 del Trattato Ce in tema di libertà di stabilimento. In base a tale legislazione, le società considerate come «formalmente straniere» (società costituite all'estero, ma in realtà esercitanti la propria attività esclusivamente in Olanda; nel caso di specie, la *Inspire Art*, società di diritto britannico), sono assoggettate a particolari modalità di iscrizione⁴⁵, nonché ad obblighi specifici concernenti, tra l'altro, i

⁴² Cfr. sentenza *Überseering*, cit. supra, nota 23, punti 92 e 93.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C.167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art L.T.D.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155 ss. Su tale sentenza si vedano in particolare i commenti di: W. BAYER, *Die EuGH – Entscheidung "Inspire Art" und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, in *Betriebsberater*, 2003, p. 2357 ss.; C. KERSTING - C. P. SCHINDLER, *The ECJ's Inspire Art decision and its effects on practice*, in *German Law Jour.*, 2003, p. 1277 ss.; P. KINDLER, *Inspire Art – aus Luxemburg nicht Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht*, in *NZG*, 2003, p. 1086 ss.; H. MUIR-WATT, *Note alla sentenza Inspire Art*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, p. 173 ss.; S. NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 5 ss.; F. PERNAZZA, *Note alla sentenza Inspire Art*, in *Le società*, 2004, p. 380 ss.; G. SPINDLER, O. BERNER, *Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet*, in *RIW*, 2003, p. 955 ss.; R. WEIGMANN, *Note alla sentenza Inspire Art*, in *Giur. it.*, 2004, p. 132 ss.; W. WOOLDRIGE, *The Advocate General's Submissions in Kamer van Koophandel: Further emphasis on the right of establishment*, in *EBLR*, 2003, p. 497 ss.; D. ZIMMER, *Note alla sentenza Inspire Art*, in *CMLR*, 2004, p. 1127 ss. Si vedano inoltre le interessanti riflessioni su tale sentenza presenti in: T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella CE. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, cit. supra, nota 17; P. BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering – Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*, cit. supra, nota 37; M. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art: libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2003, p. 1220 ss.

⁴⁴ Letteralmente: «legge sulle società formalmente straniere» del 17 dicembre 1997 (in *Staatsblad* 1997, n. 697).

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2 della *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, deve essere depositata una copia certificata, redatta in olandese, francese, tedesco o inglese, dell'atto costitutivo e dello statuto; nel registro deve inoltre figurare la data della prima iscrizione, il registro nazionale ed il numero di iscrizione nonché, per le società personali, alcune informazioni relative al socio unico.

L'art. 3 prescrive invece che nei documenti e nelle pubblicazioni provenienti dalla società o in

valori minimi del capitale e dei fondi propri, la tenuta e la conservazione della contabilità, la redazione dei bilanci secondo la disciplina olandese⁴⁶. Tali imposizioni, peraltro, non condizionano affatto il riconoscimento della società nei Paesi Bassi o la validità del procedimento costitutivo altrove compiuto, dato che l'unica sanzione prevista, in caso di inosservanza delle disposizioni suddette, consiste in un regime di responsabilità degli amministratori solidale con la società per tutte le operazioni compiute nel periodo in cui le condizioni fissate dalla «*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*» non siano state rispettate⁴⁷. La Corte di giustizia, ricorrendo a procedimenti logici differenti a seconda del tipo di obbligo considerato, ha finito col dichiarare incompatibili con il diritto comunitario quasi tutti gli articoli (dal 2 al 5) della disciplina in questione sottoposti al suo vaglio^{48 49}, in quanto impongono alle società formalmente straniere tutta una serie di obblighi ulteriori che, pur non compromettendo il loro riconoscimento nei Paesi Bassi, hanno però lo scopo e l'effetto di rendere l'esercizio del diritto di stabilimento da parte di queste assai meno conveniente, provocandone pertanto un'ingiustificata restrizione⁵⁰.

Da tutto ciò risulta assolutamente evidente che lo spazio riservato alle norme nazionali suscettibili di essere validamente imposte alle società che godono dei privilegi riconosciuti dal Trattato si fa realmente esiguo. In effetti, l'orientamento della Corte è ormai nel senso di ritenere incompatibile con la libertà di stabilimento garantita dal Trattato l'applicazione da parte del Paese ospitante, alle società costituite secondo l'ordinamento di un altro Stato membro, di una qualsiasi propria norma imperativa tendente a replicare condizioni di costituzione previste per le società nazionali, ivi comprese norme di carattere meramente amministrativo, come nel caso di specie. Come già sottolineato, la presente sentenza ribadisce e conferma molte delle statuizioni già affermate nella pronuncia *Centros* e riprese in *Überseering*, ponendosi perfettamente in continuità con queste. In ogni caso, rispetto ai due precedenti, tale sentenza presenta ugualmente una forte carica d'innovazione, atta a renderla

cui essa è menzionata, fatta eccezione per i telegrammi e le comunicazioni pubblicitarie, deve essere riportata la denominazione completa dell'indicazione che si tratta di una società «formalmente straniera», nonché la data, il numero ed il registro di prima iscrizione.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 4.1 della *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, il capitale minimo deve essere pari a quello previsto per le società olandesi a responsabilità limitata ed il valore dei fondi propri non deve essere inferiore al capitale.

⁴⁷ Oppure tutte le volte che il capitale sociale scende al di sotto della soglia minima prevista: cfr. *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, art. 4.4.

⁴⁸ Cfr. sentenza *Inspire Art*, cit. supra, nota 43, punto 143.

⁴⁹ Ad eccezione solo di quegli obblighi che costituiscono il recepimento dell'undicesima direttiva in materia societaria (n. 89/666 del 21 dicembre 1989, sulla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di uno Stato membro), già cit. supra, nota 3; la sovrapposizione di alcune norme della direttiva con quelle della *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* è ben individuata dalla Corte al punto 65 della sentenza.

⁵⁰ Cfr. sentenza *Inspire Art*, loc. cit., punti 100 e 101.

rilevante su di un piano d'indipendenza rispetto ad essi; infatti l'incompatibilità delle norme della «*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*» con la libertà di stabilimento viene, in sostanza, direttamente dedotta dalla stessa applicazione di una disciplina nazionale, da parte del Paese ospitante, ad un soggetto straniero beneficiario della libertà ex artt. 43 e 48 Ce. Da ciò sembra di poter affermare che, con la presente sentenza, la Corte introduca un'ulteriore interpretazione delle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento nel senso dell'esistenza nell'ambito di queste, di un vero e proprio principio di mutuo riconoscimento puro, che impedirebbe allo Stato ospitante qualsiasi applicazione delle proprie norme nazionali alle società comunitarie stabilite sul suo territorio, in tal modo, dunque, sgomberando il campo da ogni residuo ostacolo all'insediamento di succursali di società comunitarie in qualunque Stato membro, succursali che potranno così operare senza che disposizioni imperative dello Stato ospitante, anche di tipo meramente amministrativo, possano ad esse imporsi⁵¹. Insomma, con la sentenza *Inspire Art*, il principio della libertà di opzione regolamentare, già introdotto e confermato dalle due citate pronunce precedenti (*Centros* e *Überseering*), viene non solo ribadito, ma addirittura ulteriormente sviluppato in una formulazione radicalizzata: mai tale principio aveva ricevuto una teorizzazione più piena ed esplicita, segno tangibile di come la Corte intenda proseguire con decisione in quell'orientamento (già inaugurato con le suddette sentenze precedenti) che porta a restringere sempre più il campo di applicazione della *Sitztheorie* e ad aprire una vera e propria concorrenza tra gli ordinamenti societari nazionali all'interno dell'ambito comunitario.

f. *Sviluppi recenti: il caso Sevic System*

La più recente decisione presa dalla Corte in materia, anch'essa del tutto aderente a quanto introdotto con la precedente "trilogia" *Centros*, *Überseering* ed *Inspire Art*, è costituita dalla sentenza *Sevic System* del 13 dicembre 2005⁵². Nel caso di specie, la Corte è stata chiamata ad affrontare una classica

⁵¹ Tale opinione sul fatto che la sentenza in esame introdurrebbe un vero e proprio nuovo principio di mutuo riconoscimento puro si ritrova in M. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art: libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, cit. supra, nota 43; S. NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, cit. supra, nota 43; F. PERNAZZA, *Note alla sentenza Inspire Art*, cit. supra, nota 43; D. ZIMMER, *Note alla sentenza Inspire Art*, cit. supra, nota 43.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005 in causa n. C-411/03, *SEVIC System AG*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10805 ss. Su tale sentenza si vedano in particolare i commenti di: P. BEHRENS, *CMLR*, 2006, p. 1669 ss.; T. BALLARINO, *La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 717 ss.; ID., *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, punto n. 3, p. 8 ss. del contributo dattiloscritto destinato ad essere pubblicato in *Il nuovo diritto delle società*, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2006; M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, punto n. 4, p. 14 ss. del contri-

ipotesi di fusione societaria transfrontaliera. La *Sevic System AG*, società tedesca operante nel settore elettronico, aveva stipulato un contratto di fusione con una società per azioni lussemburghese, la *Security Vision Concept SA*; tale contratto prevedeva lo scioglimento senza liquidazione della lussemburghese *SVC* ed il conseguente trasferimento del suo intero patrimonio alla tedesca *Sevic System*. Avvenuta la stipulazione, la *Sevic* chiedeva l'iscrizione dell'atto di fusione nell'apposito registro tedesco. L'iscrizione veniva rifiutata dal giudice competente, l'*Amtsgericht* di *Neuwied*, ammettendo la legge tedesca (*Umwandlungsgesetz*) unicamente fusioni (ma anche scissioni, mutamenti di forma giuridica e qualunque altra operazione di trasformazione societaria) tra società costituite in Germania (e, quindi, soltanto tra società aventi nazionalità tedesca). Tale decisione veniva impugnata dalla *Sevic* davanti al *Landgericht* di *Koblenz*, il quale decideva di sottoporre alla Corte di giustizia, con rinvio pregiudiziale, la questione se fosse compatibile con la libertà di stabilimento comunitaria il rifiuto di iscrivere nel registro delle imprese una fusione per incorporazione di una società estera in una società nazionale⁵³.

La risposta della Corte è stata decisamente negativa: essa, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, ha affermato che «rientrano nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato membro e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato, consentendo ai soggetti interessati di poter partecipare effettivamente ed alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del Paese»⁵⁴.

Di conseguenza, è ritenuta in contrasto con la libertà fondamentale di stabilimento una disposizione nazionale, quale l'art. 1 della legge tedesca sulle trasformazioni societarie, che ha l'effetto di precludere la registrazione nel registro delle imprese di una operazione di fusione transfrontaliera per il solo fatto che una delle società partecipanti è costituita ai sensi della legge di un altro Stato membro, quando tale registrazione è invece consentita nel caso di una fusione domestica. Per quanto le argomentazioni del giudice comunitario siano state, come spesso accade, molto stringate, la decisione è infatti inequivoca nell'affermare:

buto dattiloscritto destinato ad essere pubblicato in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, loc. cit.; F. CAPELLI, *La direttiva Ce n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere e gli effetti giuridici che essa è in grado di produrre*, in questa *Rivista*, 2006, p. 623 ss.; P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva n. 2005/56 in Germania*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2006, p. 479 ss., ove si trova una critica serrata della sentenza sia sul piano delle argomentazioni logiche sia su quello istituzionale.

⁵³ Cfr. sentenza *Sevic System*, loc. cit., punto 10.

⁵⁴ Cfr. sentenza *Sevic System*, loc. ult. cit., punto 18.

a. che la fusione transfrontaliera costituisce una delle possibili modalità per esercitare il diritto, riconosciuto dall'art. 43, 2° comma, del Trattato di Roma a stabilirsi in uno Stato membro attraverso la costituzione e gestione di società;

b. che una diversità di trattamento tra fusioni interne e fusioni transfrontaliere configura una restrizione (alla libertà di stabilimento) in sé vietata;

c. che questa restrizione potrebbe essere giustificata solo in via eccezionale, sulla base della dottrina delle «esigenze imperative», in particolare con riguardo alla protezione di creditori, soci di minoranza e lavoratori, alla efficacia dei controlli fiscali ed alla lealtà dei rapporti commerciali, ma mai per legittimare una misura che si traduca nella impossibilità assoluta di attuare fusioni tra società di Stati membri diversi⁵⁵.

Particolarmente interessante è stato il dibattito sull'esistenza o meno dei presupposti per l'esercizio della libertà di stabilimento nel caso di specie. Nel corso del procedimento i Governi tedesco ed olandese avevano messo in evidenza come nessuna delle due società partecipanti all'operazione potesse invocare la libertà di stabilimento. Nella fattispecie, infatti, l'incorporante era una società tedesca che restava in Germania mentre la società lussemburghese, a seguito dell'incorporazione, si sarebbe estinta e, logicamente, una società estinta non potrebbe stabilirsi in un altro Stato. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Tizzano (e con lui, anche la Corte) respingeva tale rilievo ritenendolo affetto da una «logica rovesciata» perché, a suo avviso, una conseguenza della fusione (in questo caso l'estinzione di un soggetto) non può essere presa in considerazione per giustificare il diniego della fusione stessa⁵⁶.

Come già ci ha abituato in passato, la Corte, una volta sancita la possibilità di dar luogo ad operazioni di fusione transfrontaliera, non si occupa poi di prendere in considerazione e chiarire le delicate questioni di coordinamento tra diversi ordinamenti che queste possono generare (pensiamo, ad esempio, alla sorte dei beni dell'incorporata, al nuovo assetto dell'azionariato dopo la fusione o, ancora, alle spinose questioni attinenti la partecipazione dei lavoratori).

In ogni caso, come già anticipato, appare del tutto evidente come la Corte si stia muovendo sulla scia della precedente giurisprudenza *Centros - Überseering - Inspire Art*, confermandone tanto le premesse teoriche, quanto gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti. Siamo dunque di fronte ad un'ulteriore spinta da parte della Corte quella più volte citata concorrenza tra diritti societari in seno all'Unione, vale a dire alla formazione di quel mercato comunitario delle regole nel quale, in vista del conseguimento di più elevati livelli di efficienza complessiva del sistema, gli operatori economici possano liberamente scegliere tra i diversi modelli di organizzazione elaborati dagli Stati membri.

⁵⁵ Cfr. sentenza *Sevic System*, cit. supra, nota 52, punti 18, 19, 22, 23, 28, 29, 30.

⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano presentate il 7 luglio 2005, punto 25.

5. Conclusioni: questioni problematiche ancora aperte e prospettive future

Da tutto quanto messo in evidenza, risulta palese l'intento della Corte di intraprendere una strada volta alla sempre più decisa e completa affermazione di una piena libertà di stabilimento delle società comunitarie (sia a titolo principale che a titolo secondario), nonché, di conseguenza, di una piena libertà di opzione regolamentare, da parte degli operatori economici, tra le diverse forme societarie esistenti nel panorama comunitario, il tutto al di sopra e con netta prevalenza rispetto a qualsiasi normativa nazionale degli Stati membri (fatte, comunque, sempre salve le eccezioni di interesse generale previste dall'art. 46 Ce e la necessità di reprimere casi effettivi di frodi ed utilizzi abusivi delle libertà garantite dal diritto comunitario).

Tale strada, naturalmente, non si presenta priva di incognite e notevoli sono le questioni che ancora rimangono aperte: innanzitutto la questione, tuttora ampiamente dibattuta dagli interpreti, di quale sia il destino, di fronte agli sviluppi suddetti, delle norme di diritto internazionale privato societario degli Stati membri ed in particolare di quelle che adottano la *Sitztheorie* (teoria della sede reale) come criterio di base, un criterio, come più volte sottolineato, fortemente ristretto dalla giurisprudenza comunitaria ma non certo cancellato né privo di strenui difensori. Ad essa, inoltre, si riconnette strettamente anche la questione, altrettanto dibattuta, se le disposizioni del Trattato in materia di stabilimento delle società possano essere o meno considerate come vere e proprie norme internazionalprivatistiche "comunitarizzate" che sostituiscano in tutto e per tutto quelle nazionali.

In secondo luogo, la questione del sempre più angusto spazio lasciato alla possibilità di far valere, a livello comunitario, l'istituto dell'abuso del diritto. La Corte più volte ribadisce l'impossibilità, per gli operatori economici, di avvalersi abusivamente e fraudolentemente del diritto comunitario al fine di sottrarsi all'imperio di una legge nazionale e che, in tali ipotesi, possono anche essere legittimate delle restrizioni alla libertà di stabilimento; tuttavia essa si preoccupa sempre di mettere in evidenza ciò che non deve essere considerato come comportamento abusivo e fraudolento, senza fornire alcuna indicazione in positivo, circa gli elementi che potrebbero essere ritenuti sufficienti a dimostrare la sussistenza dell'abuso, rendendo dunque estremamente problematico l'uso di tale tecnica difensiva.

Infine, la suddetta evoluzione giurisprudenziale apre la tormentata questione dell'avvio, anche in seno all'Unione europea, di una vera e propria concorrenza tra ordinamenti societari su modello statunitense (c.d. «effetto *Delaware*»)⁵⁷, che sarebbe generata dalla piena libertà di opzione regolamen-

⁵⁷ Con tale formula si intende fare riferimento al fenomeno, riscontrato negli Stati Uniti, per cui il diritto societario di alcuni Stati, in particolare il *Delaware*, ha esercitato una forte attrazione

tare riconosciuta, come visto, agli operatori economici comunitari. A tal proposito, vasto ed articolato è il dibattito sul carattere positivo (teoria della «*race to the top*») o negativo (teoria della «*race to the bottom*») degli effetti della competizione regolamentare⁵⁸, un dibattito che continua tuttora a dividere gli interpreti i quali, del resto, non sono nemmeno tutti concordi sulla questione se tale modello statunitense di concorrenza regolamentare sia o meno replicabile in ambito europeo⁵⁹ ...

Per quanto concerne gli sviluppi futuri, data la funzione di interpretazione e garanzia che la Corte di giustizia ha finora autorevolmente esercitato in materia e considerati i dubbi e la diversità di opinioni ancora esistenti sulle questioni suddette, non sembra per ora sussistere alcuna alternativa realistica alla soluzione di continuare ad affidarsi alla giurisprudenza comunitaria che, nel trentennio precedente, ha consentito di effettuare notevoli passi avanti, sostituendosi quasi totalmente ad una produzione normativa lenta e fortemente ostacolata, dimostrandosi, almeno allo stato attuale, come l'unica in grado di indicare, tra quelle possibili, la rotta più adatta per affrontare le prossime sfide.

Stefano Ferraris

per quanto concerne l'incorporazione di nuove società, grazie al possesso di caratteristiche maggiormente favorevoli alle esigenze degli amministratori delle società; la scelta, da parte degli Stati in questione, di prevedere legislazioni societarie di tal genere, viene dettata sostanzialmente allo scopo di incrementare il numero delle società costituite e registrate nella propria giurisdizione e, di conseguenza, di incrementare le connesse entrate fiscali.

Sulla materia, cfr. l'approfondita analisi di S. DEAKIN, *Regulatory Competition versus Harmonization in European Corporate Law*, relazione al convegno *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, del 21-22 ottobre 1999, organizzato dalla Yale Law School, *cit. supra*, nota 34. Cfr. anche G. PARLEANI, *Note alla sentenza Centros*, *cit. supra*, nota 25; C. D. EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, *cit. supra*, nota 34. Cfr. infine le relazioni presentate al convegno *The Delaware effect – The race to the bottom in European Law?*, organizzato dal Centre for European Legal Studies dell'università di Cambridge (13 novembre 1999), *cit. supra*, note 25 e 34.

⁵⁸ Cfr., in chiave negativa, W. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflection on Delaware*, in *Yale Law Jour.*, 1974, p. 663 ss.; in chiave positiva, cfr. invece R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, 1993.

⁵⁹ Sul punto, cfr. A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, *cit. supra*, nota 25. In particolare, l'A. rileva che diversamente dagli Stati Uniti (ove il sistema societario dei vari Stati è sostanzialmente omogeneo nella concezione), il panorama europeo presenta radicati modelli alternativi di *corporate governance*: l'uno, di tradizione continentale, organizzato intorno al concetto di *inside control*, orientato alla protezione sia dei soci che degli altri *stakeholders* (soprattutto creditori e lavoratori) e caratterizzato da un significativo ruolo delle banche; l'altro, di tradizione anglosassone, affidato all'*outside control* del mercato e diretto a garantire, in modo quasi esclusivo, gli interessi degli azionisti.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

SUSSISTE LA RESPONSABILITÀ DI UNO STATO MEMBRO PER I DANNI CAUSATI AI SINGOLI DA UNA VIOLAZIONE MANIFESTA DEL DIRITTO COMUNITARIO IMPUTABILE AD UN GIUDICE DI ULTIMA ISTANZA DI TALE STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03

Traghetti del Mediterraneo Spa c. Repubblica italiana

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri - Danni arrecati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili ad un organo giurisdizionale di ultimo grado - Limitazione, da parte del legislatore nazionale, della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice - Esclusione di ogni responsabilità connessa all'interpretazione delle norme giuridiche e alla valutazione degli elementi di fatto e di prova compiute.

Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale¹.

Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, Köbler².

* A cura di ENRICA ADOBATI.

¹⁻² Con la sentenza sopra massimata la Corte di giustizia ha precisato la portata del principio della responsabilità di uno Stato membro per i danni arrecati ai singoli in caso di vio-

lazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale supremo, principio già sancito dalla Corte nella sentenza *Köbler* (sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55).

Può essere esclusa la responsabilità di uno Stato membro per i danni arrecati ai singoli in caso di violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza quando la violazione di cui trattasi è, da un lato, legata all'interpretazione delle norme di diritto o alla valutazione dei fatti e delle prove e, d'altro lato, limitata ai casi di dolo o colpa grave?

Questo è il contenuto della questione pregiudiziale proposta dal Tribunale di Genova nell'ambito di una controversia che vede opposti un'impresa di trasporto marittimo, la *Traghetti del Mediterraneo SpA* (di seguito denominata: TDM), attualmente in liquidazione e lo Stato italiano a seguito della concessione da parte di quest'ultimo di sussidi diretti a favore di un'impresa concorrente. La TDM aveva intentato una causa contro la Repubblica italiana al fine di ottenere il risarcimento del danno che essa avrebbe subito a causa di un'erronea interpretazione, da parte della Corte suprema di cassazione, delle norme comunitarie relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato e, in particolare, a causa del rifiuto opposto da quest'ultima alla sua richiesta di sottoporre alla Corte di giustizia le pertinenti questioni di interpretazione del diritto comunitario.

Nel 1981 la TDM citava in giudizio, dinanzi al Tribunale di Napoli, la *Tirrenia*, la predetta impresa concorrente, al fine di ottenere il risarcimento del pregiudizio che TDM avrebbe subito, negli anni precedenti, a causa della politica di bassi prezzi praticata dalla *Tirrenia* medesima. Quest'ultima avrebbe, in particolare, abusato della propria posizione dominante sul mercato in questione, praticando tariffe molto basse, notevolmente sproporzionate rispetto ai costi grazie alle sovvenzioni pubbliche la cui legittimità veniva contestata in base al diritto comunitario.

Il Tribunale di Napoli, la Corte d'appello di Napoli e la Corte di cassazione respingevano la richiesta di risarcimento danni avanzata dalla TDM.

Successivamente, il curatore fallimentare della TDM, ritenendo che la sentenza pronunciata dalla Corte di cassazione fosse fondata su un'errata interpretazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché sull'erronea esistenza di una giurisprudenza costante della Corte in materia, citava la Repubblica italiana dinanzi al Tribunale di Genova. In sostanza chiedeva il risarcimento del danno che tale impresa avrebbe subito a causa degli errori di interpretazione commessi dalla Corte suprema di cassazione e a causa della violazione dell'obbligo di rinvio che graverebbe a carico di ogni organo giurisdizionale di ultima istanza ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.

Il Tribunale di Genova decideva così di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se il diritto comunitario e i principi contenuti nella sentenza *Köbler*, ostino ad una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale che, da un lato, esclude ogni responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza nell'ipotesi in cui tale violazione risulti da un'interpretazione delle norme di diritto o da una valutazione dei fatti e delle prove ad opera di tale organo giurisdizionale e che, dall'altro lato, limiti, peraltro, tale responsabilità ai soli casi del dolo e della colpa grave del giudice.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha richiamato la sentenza *Köbler* osservando come il principio per il quale uno Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli per violazione del diritto comunitario ha valore per qualsiasi ipotesi di violazione, qualunque sia l'organo di tale Stato la cui azione od omissione abbia dato origine all'infrazione. La Corte di giustizia ha sottolineato in sentenza il ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che derivano ai singoli dalle norme comunitarie, nonché il fatto che un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce l'ultima istanza dinanzi alla quale possono far valere i diritti che l'ordinamento comunitario loro riconosce. Secondo la Corte, la tutela di tali diritti sarebbe affievolita se fosse impedito ai singoli di ottenere il risarcimento dei danni loro arrecati da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultima stanza.

La Corte di giustizia, richiamando quanto affermato dall'Avvocato Generale Philippe Léger, nelle proprie conclusioni presentate in data 11 ottobre 2005, ha precisato come l'e-

sclosure, in materia di aiuti di Stato, di qualsiasi responsabilità dello Stato rischi di condurre a un indebolimento delle garanzie procedurali offerte ai singoli in quanto la salvaguardia dei diritti che essi traggono dalle disposizioni comunitarie dipende, in larga misura, da successive operazioni di qualificazione giuridica dei fatti. Orbene, nell'ipotesi in cui la responsabilità dello Stato fosse esclusa in maniera assoluta, a seguito delle valutazioni operate su determinati fatti da un organo giurisdizionale, i singoli non potrebbero beneficiare di alcuna protezione giurisdizionale ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse un errore manifesto nel controllo delle operazioni di qualificazione giuridica dei fatti.

Infine, con riferimento alla limitazione della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave, la Corte di giustizia ha osservato, richiamando sempre la sentenza *Köbler* come «la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado poteva sorgere nel caso eccezionale in cui tale organo giurisdizionale avesse violato in modo manifesto il diritto vigente».

La violazione in questione deve essere valutata in base ad un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma del Trattato Ce, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia.

Ne deriva che se il diritto nazionale precisa i criteri che devono essere soddisfatti relativamente alla natura o al grado della violazione affinché possa sorgere una responsabilità per lo Stato, i criteri stessi non possono essere più rigorosi di quelli previsti per una manifesta violazione del diritto interno. Una legislazione nazionale non può, pertanto, limitare la responsabilità di uno Stato membro ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, qualora tale limitazione portasse ad escludere l'esistenza della responsabilità stessa nell'ipotesi in cui sia stata commessa una manifesta violazione del diritto vigente.

**IN CASO DI APPLICAZIONE DI SANZIONI AD UN'IMPRESA
PER VIOLAZIONE DELLE NORME SULLA CONCORRENZA
LA COMMISSIONE NON È TENUTA A PRENDERE
IN CONSIDERAZIONE LE SANZIONI CHE SONO STATE
PRECEDENTEMENTE INFLITTE IN STATI TERZI
ALLA MEDESIMA IMPRESA**

Corte di giustizia

Sentenza del 29 giugno 2006 in causa n. C-289/04

Showa Denko KK c. Commissione delle Comunità europee

Art. 56 dello Statuto della Corte di giustizia - Ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado - Concorrenza - Intesa - Elettrodi di grafite - Art. 81, n. 1, CE - Ammende - Orientamenti per il calcolo dell'importo delle ammende - Comunicazione sulla cooperazione - Principio del *ne bis in idem* - Valutazione.

(...) con riguardo alla violazione (...) dei principi di proporzionalità e di equità, dedotta in subordine dalla ricorrente, si deve rilevare che ogni considerazione attinente all'esistenza di ammende inflitte dalle autorità di uno Stato terzo può essere presa in considerazione solo nel contesto del potere discrezionale di cui dispone la Commissione in materia di fissazione di ammende per le infrazioni al diritto comunitario della concorrenza. Di conseguenza, anche se non può escludersi che la Commissione tenga conto di ammende anteriormente inflitte dalle autorità di Stati terzi, essa non può esservi tuttavia obbligata¹.

Infatti, l'obiettivo di dissuasione che la Commissione può legittimamente perseguire nel determinare l'importo di un'ammenda è volto ad assicurare il rispetto, da parte delle imprese, delle norme sulla concorrenza fissate dal Trattato CE ai fini dello svolgimento delle loro attività nell'ambito del mercato comune (v., in tal senso, sentenza del 15 luglio 1970 in causa n. 41/69, ACF Chemiefarma c. Commissione, in Raccolta, p. 661, punti 173 - 176). Di conseguenza, nel valutare il carattere dissuasivo di un'ammenda da infliggere per una violazione delle dette norme, la Commissione non è tenuta a tener conto di eventuali sanzioni inflitte ad un'impresa in ragione della violazione delle norme sulla concorrenza di Stati terzi².

Il ricorso è respinto³.

¹⁻³ La società *Showa Denko KK* ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado del 29 aprile 2004 (in cause riunite n. T-236/01, n. T-239/01, da n. T-244/01 a n. T-246/01, n. T-251/01 e n. T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd c. Commissione*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 181), nella parte in cui non rimuove pienamente il c.d. «coefficiente moltiplicatore di dissuasione» applicato dalla Commissione all'ammenda inflitta alla ricorrente. Nella sentenza impugnata, il Tribunale aveva ridotto l'ammenda inflitta alla ricorrente con decisione della Commissione del 18 luglio 2001, n. 2202/271/Ce, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 81 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'Accordo SEE (Caso Comp/E-1/36.490 – Elettrodi di grafite). Con tale decisione la Commissione aveva accertato la partecipazione di varie imprese ad una serie di accordi e di pratiche concordate, ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE e dell'art. 53, n. 1, dell'accordo sullo Spazio economico europeo 2 maggio 1992 (*Guce* n. L 1 del 1994, p. 3) nel settore degli elettrodi di grafite.

In sostanza, è stato contestato alle imprese ricorrenti di aver fissato i prezzi su scala mondiale e di aver ripartito i mercati nazionali e regionali del prodotto di cui trattasi secondo il principio del «produttore nazionale»: la SDK era responsabile per il Giappone e per certe aree dell'Estremo Oriente. Con la decisione controversa è stato imposto all'impresa di pagare un'ammenda pari a 17 milioni di euro. La SDK e altre imprese destinatarie della decisione contestata hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale che ha diminuito l'importo dell'ammenda a 10 milioni di euro. Dinanzi alla Corte di giustizia la SDK ha chiesto di diminuire ulteriormente l'ammenda in questione, nonché di annullare parzialmente la sentenza di primo grado.

L'art. 15 del regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato (in *Guce* n. 13 del 1962, p. 104) prevede che la Commissione possa infliggere alle imprese e alle associazioni d'impresa ammende variabili da cento a cinquemila unità di conto quando intenzionalmente o per negligenza abbiano fornito informazioni inesatte in risposta alle domande contemplate dalla normativa in questione, nonché infliggere alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende che variano da un minimo di mille unità di conto ad un massimo di un milione, con facoltà di aumentare quest'ultimo importo fino al dieci per cento del volume d'affari realizzato durante l'esercizio sociale precedente da ciascuna delle imprese che hanno partecipato all'infrazio-

ne, quando intenzionalmente o per negligenza abbiano commesso un'infrazione alle disposizioni dell'art. 81, par. 1 o dell'art. 82 del Trattato. Per la determinazione dell'ammontare dell'ammenda è necessario considerare anche la gravità e la durata dell'infrazione.

La SDK deduce quattro motivi a sostegno del proprio ricorso: *a.* l'inesatta presa in considerazione di un «coefficiente moltiplicatore di dissuasione» fondato sul volume d'affari mondiale, *b.* l'erronea applicazione dei criteri relativi alla determinazione del «coefficiente moltiplicatore di dissuasione», *c.* un errore di diritto e la carenza di motivazione con riguardo alle ammende e agli obblighi imposti alla ricorrente in Stati terzi e, infine, *d.* la violazione del diritto fondamentale della ricorrente a un equo processo.

Sul primo motivo, attinente all'applicazione di un «coefficiente moltiplicatore di dissuasione» fondato sul volume d'affari mondiale, la Corte osserva come la nozione di «dissuasione» costituisca uno degli elementi da prendere in considerazione per il calcolo dell'importo dell'ammenda. Le ammende inflitte per violazione dell'art. 81 CE e previste dal regolamento, infatti, hanno per oggetto di reprimere gli illeciti commessi dalle imprese interessate, nonché di dissuadere le imprese stesse, nonché altri operatori economici, dal commettere violazioni in futuro delle norme comunitarie sulla concorrenza. Ne consegue, a parere della Corte, che la Commissione, nella determinazione dell'importo dell'ammenda, possa tenere in giusta considerazione le dimensioni e la potenza economica dell'impresa interessata (cfr., in particolare, sentenza del 7 giugno 1983 in cause riunite da n. 100/80 a n. 103/80, *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 1825).

Sul secondo motivo, attinente all'applicazione del «coefficiente moltiplicatore di dissuasione» la Corte di giustizia ha precisato che l'ammenda inflitta a un'impresa può essere calcolata includendo un fattore dissuasivo e tale fattore è valutato tenendo conto di molteplici elementi, e non solo in base alla situazione particolare dell'impresa interessata.

Secondo la Corte, le dimensioni dell'impresa interessata costituiscono uno degli elementi da prendere in considerazione ai fini del calcolo dell'ammenda e, pertanto, della determinazione del «coefficiente moltiplicatore di dissuasione» (cfr. sentenze *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, cit., e del 28 giugno 2005 in cause riunite n. C-189/02 P, n. C-202/02 P, da n. C-205/02 P a n. C-208/02 P e n. C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5425). Per questo la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale relativamente alla scelta degli elementi da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'importo delle ammende (cfr., al riguardo, ordinanza del 25 marzo 1996 in causa n. C-137/95 P, *SPO e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1611 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 747 nonché sentenza del 17 luglio 1997 in causa n. C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4411).

Sul terzo motivo, attinente ad un errore di diritto e al difetto di motivazione con riguardo alla valutazione delle ammende e degli obblighi imposti alla ricorrente in Stati terzi, la Corte ha precisato che il principio del *ne bis in idem*, contenuto all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario del quale il giudice deve garantire il rispetto (cfr. sentenze del 5 maggio 1966 in cause riunite n. 18/65 e n. 35/65, *Gutmann c. Commissione CEEA*, in *Raccolta*, 1966, p. 149 e del 15 ottobre 2002 in cause riunite n. C-238/99 P, n. C-244/99 P, n. C-245/99 P, n. C-247/99 P, da n. C-250/99 P a n. C-252/99 P e n. C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8375).

Secondo la Corte, quando la Commissione sanziona il comportamento illegittimo di un'impresa, sebbene esso sia stato determinato da un'intesa avente carattere internazionale, intende salvaguardare la libera concorrenza all'interno del mercato comune che costituisce, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. g., del Trattato CE, un obiettivo fondamentale della Comunità. Infatti, a causa della peculiarità del bene giuridico tutelato a livello comunitario, le valutazioni operate dalla Commissione, in forza delle proprie competenze in materia, possono divergere in maniera considerevole da quelle effettuate dalle autorità di Stati terzi.

Infine, la Corte – respingendo così *in toto* il ricorso proposto – ha chiarito come l'obiettivo di dissuasione che la Commissione può legittimamente perseguire nel determinare l'importo di un'ammenda è volto ad assicurare il rispetto, da parte delle imprese, delle norme comunitarie sulla concorrenza per lo svolgimento delle loro attività nell'ambito del mercato comune (cfr. sentenza del 15 luglio 1970 in causa n. 41/69, *ACF Chemiefarma c. Commis-*

sione, in *Raccolta*, 1970, p. 661). Ne consegue che, nella valutazione del carattere dissuasivo di un'ammenda da infliggere per una violazione delle norme in materia di concorrenza, la Commissione non deve tener conto di eventuali sanzioni inflitte ad un'impresa in ragione della violazione delle norme sulla concorrenza di Stati terzi.

Sul quarto motivo, concernente la violazione del diritto fondamentale della ricorrente ad ottenere un equo processo, la Corte ha precisato che il rispetto del diritto di difesa in qualsiasi procedimento suscettibile di concludersi con l'irrogazione di sanzioni, in particolare di ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa (cfr., sentenza del 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, p. 461). Nel caso di specie, essendo la ricorrente consapevole della circostanza che la Commissione aveva indicato, nella comunicazione degli addebiti e conformemente agli orientamenti, che intendeva fissare le ammende ad un livello sufficientemente elevato al fine di conseguire un adeguato effetto dissuasivo, il Tribunale non è incorso in nessuna violazione.

GLI STATI MEMBRI SONO COMPETENTI A STABILIRE LE CONDIZIONI DI ESERCIZIO DEL DIRITTO DI VOTO E DI ELEGGIBILITÀ PER LE ELEZIONI DEL PARLAMENTO EUROPEO

Corte di giustizia

Sentenza del 12 settembre 2006 in causa n. C-145/04

Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord

Art. 227 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Parlamento europeo - Elezioni - Diritto di voto - Cittadini del *Commonwealth* residenti a Gibilterra e privi della cittadinanza dell'Unione.

*(...) si deve ricordare che, come risulta dal punto 63 della (...) sentenza *Mathews c. Regno Unito*, gli Stati contraenti godono di un ampio margine di discrezionalità per sottoporre a condizioni il diritto di voto. Tali condizioni non possono tuttavia ridurre i diritti in questione al punto da intaccarli nella loro sostanza e privarli di effettività. Esse devono perseguire uno scopo legittimo, e i mezzi adoperati non possono risultare sproporzionati (v. anche sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 marzo 1987, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, serie A, n. 113, punto 52, e del 19 ottobre 2004, *Melnitchenko c. Ucraina*, in *Recueil des arrêts et décisions 2004-X*, punto 54)¹.*

Tenuto conto di questa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e del fatto che tale giudice ha dichiarato contraria all'art. 3 del protocollo n. 1 della CEDU la mancata organizzazione di elezioni per il Parlamento europeo a Gibilterra, in quanto essa ha privato «la ricorrente, in quanto residente a Gibilterra», della possibilità di esprimere la propria opinione circa la

scelta dei membri del Parlamento europeo, non si può rimproverare al Regno Unito di avere adottato la normativa necessaria per l'organizzazione di tali elezioni in condizioni equivalenti, mutatis mutandis, a quelle previste dalla normativa applicabile al Regno Unito².

Il ricorso è respinto³.

¹⁻³ La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Matthews c. Regno Unito* del 18 febbraio 1999 (in *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I e pubblicata in *RIDU*, 1999, p. 613 ss.), ha ritenuto che, non organizzando a Gibilterra elezioni per il Parlamento europeo, il Regno Unito avesse violato l'art. 3 del protocollo n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (di seguito: CEDU), che prevede l'obbligo, per le parti contraenti, di organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta dei rappresentanti parlamentari. La ricorrente, nella sua qualità di residente a Gibilterra, si era vista privata di qualsiasi possibilità di esprimere la sua opinione sulla scelta dei membri del Parlamento europeo.

Al fine di consentire agli abitanti di Gibilterra di partecipare alle elezioni per il Parlamento europeo, il Regno Unito ha adottato nel 2003 la legge relativa alla rappresentanza elettorale per l'elezione del Parlamento europeo (*European Parliament Representation Act* 2003; di seguito denominato: EPRA 2003).

Nella causa n. C-145/04, introdotta ai sensi dell'art. 227 CE, il Regno di Spagna ha contestato al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di aver violato il diritto comunitario (in particolare, l'atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione del Consiglio 20 settembre 1976, n. 76/787/Ceca, Cee, Euratom, in *Guce* n. L 278, p. 1, modificato da ultimo dalla decisione del Consiglio n. 2002/772/Ce, Euratom), per le modalità relative alla partecipazione degli abitanti di Gibilterra alle elezioni per il Parlamento europeo e, in particolare, per aver riconosciuto il diritto di voto anche alle persone che risiedono in quel territorio, ma che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, e quindi la cittadinanza dell'Unione.

Sulla violazione degli artt. 189 CE, 190 CE, 17 CE e 19 CE per aver concesso il diritto di voto a cittadini del *Commonwealth* (QCC) che non sono cittadini comunitari, la Corte di giustizia ha osservato come né l'art. 190 CE, né l'atto del 1976 indichino in maniera chiara e precisa i soggetti titolari del diritto di voto attivo e passivo per il Parlamento europeo. Non è escluso, pertanto, che una persona priva dello *status* di cittadino dell'Unione, come un QCC residente a Gibilterra, possa beneficiare del diritto di voto attivo e passivo. La Corte ha statuito nel senso che la determinazione dei titolari del diritto di voto attivo e passivo per le elezioni del Parlamento europeo rientra nella competenza di ciascun Stato membro, nel rispetto del diritto comunitario, e che gli artt. 189 CE, 190 CE, 17 CE e 19 CE non si oppongono a che gli Stati membri concedano il diritto di voto attivo e passivo a soggetti che possiedono stretti legami con essi, pur non essendo cittadini o cittadini dell'Unione residenti sul loro territorio. Ne consegue che la mancanza, nei trattati comunitari, di disposizioni che indichino in modo esplicito e preciso i soggetti titolari del diritto di voto attivo e passivo per il Parlamento europeo, giustifica la scelta del Regno Unito di applicare alle elezioni per lo stesso Parlamento, organizzate a Gibilterra, le condizioni di voto attivo e passivo previste dalla sua normativa nazionale sia per le elezioni nazionali nel Regno Unito che per le elezioni dell'assemblea legislativa di Gibilterra.

Sul secondo motivo, relativo alla violazione dell'atto del 1976 e degli impegni assunti dal Governo del Regno Unito nella propria dichiarazione del 18 febbraio 2002, la Corte di giustizia ha richiamato le argomentazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Matthews*.

Ne consegue, a parere della Corte, che il Regno Unito, nel trasporre la propria legislazione a Gibilterra, ha consentito ad un elettore di Gibilterra di trovarsi in una situazione analoga a quella di un elettore del Regno Unito, aggirando così le difficoltà dovute allo *status* di Gibilterra che avrebbero potuto impedire l'esercizio del diritto di voto.

A conclusione diversa è pervenuto l'Avvocato Generale Tizzano, nelle proprie conclu-

sioni presentate in data 6 aprile 2006: l'estensione del diritto di voto a persone, quali i QCC, che non sono cittadini del Regno Unito né di altri Stati membri dell'Unione, non è imposta dall'esigenza di assicurare l'esercizio di un diritto fondamentale, e quindi non può giustificarsi, in base ad essa, una deroga all'allegato II dell'Atto del 1976.

Sempre sulla questione della titolarità e sulle condizioni di esercizio del diritto di voto alle elezioni europee merita di essere menzionata anche la causa n. C-300/04, *Eman e Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag* (le cui conclusioni sono le medesime della causa sopra massimata) scaturita da una controversia tra i signori Eman e Sevinger, cittadini olandesi e residenti a Oranjestad (Aruba), e il College van burgemeester en wethouders van Den Haag (Paesi Bassi) relativamente al rigetto, da parte di quest'ultimo, della loro domanda di iscrizione nelle liste elettorali per l'elezione dei membri del Parlamento europeo del 10 giugno 2004. In questo caso, l'organo nazionale ha chiesto alla Corte di giustizia se uno Stato membro possa escludere dal diritto di voto alle elezioni europee soggetti residenti ad Aruba, territorio d'oltremare associato alla Comunità.

La Corte di giustizia, in proposito, ha ribadito il concetto secondo il quale la determinazione del diritto di voto attivo e passivo per il Parlamento europeo rientra nella competenza di ciascun Stato membro. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte ha precisato che il Governo olandese non ha fornito adeguate giustificazioni in ordine alla diversità di trattamento operata nei confronti di olandesi residenti in un Paese terzo e quelli residenti nelle Antille olandesi e ad Aruba. Ne consegue, che, qualora il giudice olandese dovesse valutare che coloro che hanno la residenza o il domicilio nelle Antille Olandesi o ad Aruba e che sono in possesso della cittadinanza olandese sono stati illegittimamente esclusi dalle liste elettorali per le elezioni dei membri del Parlamento europeo del 10 giugno 2004, tali soggetti potranno ottenere una riparazione per il danno subito a causa della violazione imputabile allo Stato membro.

LA PUBBLICITÀ COMPARATIVA PUÒ RIGUARDARE COLLETTIVAMENTE ASSORTIMENTI DI PRODOTTI DI CONSUMO VENDUTI IN DUE SUPERMERCATI CONCORRENTI, SE SONO RISPETTATE DETERMINATE CONDIZIONI

Corte di giustizia

Sentenza del 19 settembre 2006 in causa n. C-356/04

Lidl Belgium GmbH & Co KG c. Etablissements Franz Colruyt NV

Direttive n. 84/450/CEE e n. 97/55/CE - Pubblicità ingannevole - Pubblicità comparativa - Condizioni di liceità - Comparazione del livello generale dei prezzi praticati da catene di grandi magazzini - Comparazione dei prezzi di un assortimento di prodotti - Ammissibilità - Condizioni di liceità.

La condizione di liceità della pubblicità comparativa stabilita dall'art. 3 bis, n. 1, lett. b., della direttiva del Consiglio del 10 settembre 1984, n. 84/450/Cee, in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6

ottobre 1997, n. 97/55/Cee, deve essere interpretata nel senso che essa non osta a che una pubblicità comparativa riguardi collettivamente assortimenti di prodotti di consumo corrente venduti da due catene di grandi magazzini concorrenti, purché detti assortimenti siano costituiti, entrambi, da singoli prodotti, che, considerati a paia, soddisfano individualmente l'obbligo di comparabilità stabilito da detta disposizione¹.

L'art. 3 bis, n. 1, lett. c., della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Cee, deve essere interpretato nel senso che l'obbligo che la pubblicità «confronti obiettivamente» le caratteristiche dei beni di cui trattasi stabilito da tale disposizione non implica, in caso di raffronto dei prezzi di un assortimento di prodotti di consumo corrente comparabili venduti da catene di grandi magazzini concorrenti o del livello generale dei prezzi praticati da questi ultimi per quanto concerne l'assortimento dei prodotti comparabili che esse vendono, che i prodotti e prezzi oggetti di raffronto, vale a dire tanto quelli dell'operatore pubblicitario quanto quelli di tutti i suoi concorrenti interessati dal raffronto, costituiscano oggetto di un'elencazione espressa e esauritiva nel messaggio pubblicitario².

L'art. 3 bis, n. 1, lett. c. della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Cee, deve essere interpretato nel senso che costituiscono, ai sensi di detta disposizione, caratteristiche «verificabili» di beni venduti da due catene di grandi magazzini concorrenti:

- i prezzi di detti beni;
- il livello generale dei prezzi rispettivamente praticati da tali catene di grandi magazzini per quanto concerne il loro assortimento di prodotti comparabili e l'importo dei risparmi che possono essere ottenuti dal consumatore che acquisti tali prodotti presso una piuttosto che l'altra di dette catene, purché i beni di cui trattasi costituiscano effettivamente parte dell'assortimento di prodotti comparabili in base ai quali detto livello generale dei prezzi è stato determinato³.

L'art. 3 bis, n. 1, lett. c., della direttiva n. 84/450/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Cee, deve essere interpretato nel senso che una caratteristica menzionata in una pubblicità comparativa risponde all'esigenza di verificabilità stabilita da tale disposizione, quando gli elementi di raffronto sui quali si basa la menzione di tale caratteristica non sono elencati in tale pubblicità, soltanto se l'operatore pubblicitario indica, in particolare, all'indirizzo dei destinatari di tale messaggio, dove e come questi possono prendere agevolmente conoscenza di tali elementi al fine di verificare o, se essi non dispongono della competenza richiesta al riguardo, di far verificare l'esattezza di detti elementi nonché della caratteristica di cui trattasi⁴.

L'art. 3 bis, n. 1, lett. a., della direttiva n. 84/45/Cee, come modificata dalla direttiva n. 97/55/Cee, dev'essere interpretato nel senso che una pubblicità comparativa che vanti il livello generale dei prezzi più basso dell'operatore

pubblicitario rispetto ai suoi principali concorrenti mentre il raffronto ha avuto oggetto un campionario di prodotti può rivestire un carattere ingannevole quando il messaggio pubblicitario:

- non evidenzia che il raffronto ha avuto oggetto soltanto un tale campionario e non l'insieme dei prodotti dell'operatore pubblicitario;

- non individua gli elementi del raffronto avvenuto o non informi il destinatario sulla fonte di informazione presso la quale tale individuazione è accessibile, o

- comporta un riferimento collettivo ad una forbice di risparmi che possono essere ottenuti dal consumatore che effettui i suoi acquisti presso l'operatore pubblicitario piuttosto che presso i suoi concorrenti senza individuare il livello generale dei prezzi praticati, rispettivamente, da ciascuno dei detti concorrenti e l'importo dei risparmi che possono essere ottenuti effettuando i suoi acquisti presso l'operatore pubblicitario piuttosto che da ciascuno di essi⁵.

¹⁻⁵ Il Tribunale del commercio di Bruxelles ha sottoposto alla Corte di giustizia ex art. 234 CE, alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 3 bis, n. 1, lett. *a.*, *b.* e *c.*, della direttiva n. 84/450/Cee in materia di pubblicità ingannevole (in *Guce* n. L 250 del 1984, p. 17), come modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce (in *Guce* n. L 290 del 1997, p. 18), concernente la pubblicità comparativa. Si precisa che la direttiva ha lo scopo di tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale, contro la pubblicità ingannevole e contro le sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. All'art. 2, punto 2 della direttiva, viene chiarito cosa si intenda per pubblicità ingannevole: «(...) qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente» e all'art. 2, punto 2 bis viene chiarito che cosa si intenda per pubblicità comparativa «(...) qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente».

Per determinare se una pubblicità sia ingannevole bisogna fare riferimento: *a.* alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, esecuzione, composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sui beni o sui servizi; *b.* al prezzo o al modo in cui questo viene calcolato, e alle condizioni alle quali i beni o i servizi vengono forniti; *c.* alla natura, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale ed i premi o riconoscimenti.

In particolare, l'art. 3 bis, n. 1, della direttiva prevede che, con riferimento al confronto, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora essa «*a.* non sia ingannevole ai sensi dell'art. 2, punto 2, dell'art. 3 e dell'art. 7, par. 1; *b.* confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi; *c.* confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi; (...)».

Le società Lidl e Colruyt NV gestiscono ciascuna in Belgio una catena di grandi magazzini, di commercio al minuto di prodotti di consumo quotidiano.

La Lidl ha introdotto un'azione dinanzi al *Rechtbank van koophandel* di Bruxelles per ottenere la cessazione di alcune pratiche pubblicitarie poste in essere dalla Colruyt ritenendole in contrasto con l'art. 23 bis della legge belga del 14 luglio 1991 di recepimento dell'art. 3 bis della direttiva n. 84/450/Cee sulle pratiche di commercio e sull'informazione e

protezione dei consumatori, come modificata dalla legge del 25 maggio 1999 (*Moniteur belge/Belghish Staatsblad* del 23 giugno 1999, p. 23670). Il giudice nazionale adito si è rivolto alla Corte di giustizia e questa ha innanzitutto chiarito che nella causa principale rilevano due tipologie di pubblicità comparativa.

Nel primo caso, si tratta di comparare il livello generale dei prezzi praticati da catene di grandi magazzini concorrenti per quanto riguarda i loro assortimenti di prodotti comparabili e di ricavarne l'importo dei risparmi che possono essere ottenuti su una base annuale dal consumatore. Tale livello generale di prezzi è stato determinato, in primo luogo, mensilmente e successivamente annualmente, in base ad una rilevazione giornaliera dei singoli prezzi su un campionario di prodotti di consumo corrente (sia prodotti di marca che prodotti privi di marca o contrassegnati da un marchio proprio del distributore).

Con il secondo sistema di pubblicità tutti i prodotti dell'operatore pubblicitario contrassegnati da un'etichetta rossa recanti la dicitura «BASIC» sono venduti da questi al prezzo più basso offerto sul territorio belga. Tale assortimento di prodotti comprende sia prodotti di marca, sia prodotti privi di marca o venduti con il marchio proprio dell'operatore pubblicitario.

La Corte ha ricordato che la pubblicità comparativa pone in luce le qualità dei vari prodotti comparabili e quindi incoraggia la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori. Per giurisprudenza costante le condizioni imposte dalla pubblicità comparativa devono interpretarsi nel senso più favorevole a questa (cfr. sentenze del 25 ottobre 2001 in causa n. C-112/99, *Toshiba Europe*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7945; dell'8 aprile 2003 in causa n. C-44/01, *Pippig Augenoptik*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 3095 e del 23 febbraio 2006 in causa n. C-59/05, *Siemens*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2147).

Il giudice *a quo* ha chiesto, in sostanza, alla Corte di giustizia di stabilire se l'art. 3 bis, n. 1, lett. b. della direttiva, sopra citato, debba essere interpretato nel senso che una pubblicità comparativa avente ad oggetto collettivamente assortimenti di prodotti di consumo corrente venduti da due catene di grandi magazzini concorrenti piuttosto che singoli prodotti da questi venduti, possa rispondere alla condizione di «confrontare beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi».

La Corte ha concordato con quanto affermato dall'Avvocato Generale ai par. 35 e 36 delle sue conclusioni in ordine al fatto che la possibilità di procedere ad una comparazione raggruppata, avente ad oggetto un assortimento di prodotti comparabili, può consentire all'operatore pubblicitario, di offrire al consumatore un'informazione pubblicitaria contenente dati complessi ed essenziali. E ciò vale soprattutto nel settore della grande distribuzione nel quale il consumatore effettua di regola acquisti diversificati, destinati a soddisfare i propri bisogni di consumo corrente. La Corte, in proposito, ha osservato, altresì, come un'informazione comparativa avente ad oggetto il livello generale dei prezzi praticati nelle catene di grandi magazzini o il livello dei prezzi praticati da questi per quanto concerne un determinato assortimento di prodotti che essi vendono, sia più utile per il consumatore di un'informazione comparativa concernente i soli prezzi di prodotti limitati.

Ne consegue, a parere della Corte, che l'obbligo contenuto nella direttiva è rispettato se gli assortimenti dei due concorrenti oggetto della comparazione si riferiscono, entrambi, a prodotti che, considerati singolarmente, soddisfano l'obbligo di comparabilità stabilito dall'art. 3 bis, n. 1, lett. b. della direttiva.

Sulla necessità di un'elencazione espressa nel messaggio pubblicitario di tutti i prodotti e prezzi oggetto del raffronto, sia dell'operatore pubblicitario che dei concorrenti, la Corte ha osservato come l'obbligo di elencare espressamente nel messaggio pubblicitario i vari prodotti che compongono gli assortimenti oggetto di raffronto e i loro prezzi non può, nel caso di specie, imporsi in base al criterio, stabilito dalla disposizione controversa, che la pubblicità «confronti obiettivamente» le caratteristiche dei beni considerati. Infatti, dati quali il prezzo di un bene o il livello generale dei prezzi praticati da una catena di grandi magazzini per quanto concerne un assortimento di prodotti non sembra che possano costituire oggetto di una valutazione soggettiva, e l'esistenza o la mancanza dell'elencazione espressa dei prodotti e prezzi oggetto del raffronto non può, inoltre, esercitare un'influenza sul carattere oggettivo o soggettivo di quest'ultimo.

Sulla verificabilità, ai sensi dell'art. 3 bis, n. 1, lett. c., della direttiva, delle caratteristiche dei prezzi dei prodotti, nonché del livello generale dei prezzi praticati dalle catene dei

grandi magazzini per quanto concerne il loro assortimento di prodotti comparabili, la Corte ha osservato che la verificabilità dei prezzi dei beni componenti un assortimento di prodotti o quella del livello generale dei prezzi praticati da una catena di grandi magazzini per il suo assortimento di beni comparabili implica necessariamente che i beni i cui prezzi sono stati così confrontati, anche se non è richiesto che essi siano elencati espressamente e esaustivamente nel messaggio pubblicitario indirizzato al consumatore come sopra precisato, devono poter essere individualmente e concretamente identificati in base alle informazioni contenute nel messaggio stesso. Qualsiasi verificabilità dei prezzi dei beni è, infatti, necessariamente subordinata alla possibilità di individuare questi ultimi.

La Corte ha chiarito, inoltre, se l'art. 3 bis, n. 1, lett. c., della direttiva debba essere interpretato nel senso che una caratteristica indicata in una pubblicità comparativa risponde all'esigenza di verificabilità stabilita da tale disposizione soltanto a condizione che i destinatari di tale pubblicità siano in grado di verificare essi stessi l'esattezza di tale caratteristica.

Al riguardo, la Corte ha richiamato la facoltà per il consumatore di ottenere dall'operatore pubblicitario, nel corso di un procedimento amministrativo o giudiziario, le prove dell'esattezza materiale dei dati contenuti nella pubblicità. Ne consegue che l'operatore, quando i prodotti e i prezzi oggetto di raffronto non sono elencati nel messaggio pubblicitario, è obbligato ad indicare dove e come i destinatari del messaggio possano venire a conoscenza degli elementi del raffronto, al fine di poterne verificare l'esattezza.

Sul carattere ingannevole della pubblicità controversa nella causa principale «contenente un confronto del livello generale dei prezzi praticati da una catena di grandi magazzini con quello praticato dalle catene concorrenti per quanto concerne il loro assortimento di prodotti comparabili e che menziona l'importo dei risparmi che possono essere ottenuti dal consumatore che effettui i suoi acquisti di beni di consumo corrente presso uno di essi» la Corte ha osservato come spetti ai giudici nazionali accertare se una pubblicità possa avere carattere ingannevole. I giudici devono prendere in considerazione la percezione del consumatore medio dei prodotti o servizi oggetto della pubblicità di cui trattasi, di regola informato e ragionevolmente attento e avveduto (cfr., in particolare, sentenza del 16 gennaio 1992 in causa n. C-373/90, *X*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 131; del 16 luglio 1998 in causa n. C-210/96, *Gut Springenheide e Tusky*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4657 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 640; del 13 gennaio 2000 in causa n. C-220/98, *Estée Lauder*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 117; del 24 ottobre 2002 in causa n. C-99/01, *Linhart e Biffl*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9375).

I due sistemi pubblicitari di cui si discute si rivolgono al consumatore finale che effettua i suoi acquisti di consumo corrente in una catena di grandi magazzini.

La Corte ha statuito, infine, che una pubblicità comparativa effettuata da un operatore avente un livello generale dei prezzi più basso rispetto ai suoi principali concorrenti, con riferimento ad un campionario di prodotti, può presentare il carattere dell'ingannevolezza nei seguenti casi: *a.* quando il messaggio pubblicitario non sottolinea che il raffronto ha avuto oggetto soltanto il campionario e non l'insieme dei prodotti dell'operatore; *b.* quando non specifica gli elementi del raffronto o non metta il destinatario nella condizione di reperire tali dati; *c.* quando implica un riferimento collettivo ad un insieme di risparmi che possono essere ottenuti dal consumatore che effettui i propri acquisti presso l'operatore autore della pubblicità anziché presso i concorrenti.

AUTORIZZAZIONE PRELIMINARE ALL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI CONCESSIONE DI CREDITI A TITOLO PROFESSIONALE SUL TERRITORIO DI UNO STATO MEMBRO DA PARTE DI UNA SOCIETÀ CON SEDE IN UNO STATO TERZO

Corte di giustizia

Sentenza del 3 ottobre 2006 in causa n. C-452/04

Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Libera circolazione dei capitali - Società con sede in uno Stato terzo - Attività interamente o principalmente rivolta verso il territorio di uno Stato membro - Concessione di crediti a titolo professionale - Requisito di un'autorizzazione preliminare nello Stato membro in cui la prestazione è fornita.

Un regime nazionale in forza del quale uno Stato membro assoggetta ad autorizzazione preliminare l'esercizio dell'attività di concessione di crediti a titolo professionale, sul suo territorio, da parte di una società con sede in uno Stato terzo, e in forza del quale una tale autorizzazione deve essere negata, in particolare, quando la detta società non ha la sua direzione generale o una succursale su tale territorio, pregiudica in modo preponderante la libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 49 ss. Una società con sede in uno Stato terzo non è legittimata a valersi di tali disposizioni¹.

¹ La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia dal giudice del rinvio riguarda la questione se l'attività professionale di concessione di crediti da parte di un'impresa avente sede in un Paese terzo, a cittadini residenti in uno Stato membro dell'Unione europea, sia sottoposta alle norme comunitarie sulla libera circolazione dei capitali e dei servizi. In particolare, si è trattato della liceità di un'autorizzazione dello Stato membro interessato per l'attività di concessione di crediti e del presupposto, a tal fine richiesto, di una sede di attività in tale Stato membro.

La questione è sorta nell'ambito di un ricorso presentato dalla Fidium Finanz AG con sede a San Gallo (Svizzera), contro una decisione dell'Ufficio federale tedesco di controllo dei servizi finanziari con la quale tale autorità ha vietato alla Fidium Finanz di concedere, a titolo professionale, crediti a clienti residenti in Germania perché non disponeva dell'autorizzazione richiesta dalla legislazione tedesca.

Infatti, ai sensi della legge tedesca sul settore del credito (*Gesetz über das Kreditwesen*) chiunque intenda esercitare nel territorio nazionale attività bancarie o prestazioni finanziarie a titolo professionale, o di una portata tale da richiedere l'organizzazione di un'impresa commerciale, è soggetto all'autorizzazione scritta della *Bundesanstalt* e tale autorizzazione deve essere negata quando l'ente non ha la propria amministrazione principale nel territorio nazionale.

La Fidium Finanz concede crediti di importo pari a EUR 2.500 o 3.500, ad un tasso di interesse annuo effettivo del 13,94%, a clienti residenti all'estero e circa il 90% dei crediti che essa concede ha, come destinatari, soggetti residenti in Germania. I crediti sono proposti su un sito *internet* gestito dalla Svizzera e su tale sito i clienti possono scaricare i documenti necessari, per poi compilarli e spedirli per posta alla Fidium Finanz.

In considerazione del fatto che la Fidium Finanz non disponeva dell'autorizzazione prevista dalla normativa tedesca per esercitare attività bancarie e per fornire servizi finanziari in Germania, l'Autorità tedesca vietava alla Fidium Finanz di svolgere, a titolo professionale, o con portata tale da richiedere l'organizzazione di un'impresa commerciale, l'esercizio di attività creditizie consistenti nel contattare in modo mirato clienti residenti in Germania. La ricorrente, ritenendo che la decisione fosse una restrizione alla libera circolazione dei capitali ai sensi degli artt. 56 CE ss., ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo di Francoforte sul Meno che, a sua volta, si è rivolto alla Corte di giustizia.

In sostanza, il giudice del rinvio vuole chiarire se l'attività di concessione di crediti a titolo professionale costituisca una prestazione di servizi e rientri negli artt. 49 CE ss. e/o se

essa rientri nell'ambito di applicazione degli artt. 56 CE ss., che disciplinano la libera circolazione dei capitali.

La Corte ha quindi potuto accertare se le disposizioni in questione contrastino con un regime nazionale (tedesco) che sottopone ad un'autorizzazione preliminare l'esercizio di tale attività, sul territorio nazionale, da parte di una società con sede in uno Stato terzo (Svizzera), e che prevede che una tale autorizzazione debba essere negata, in particolare, quando tale società non ha la sua direzione generale o una succursale sul territorio considerato.

Innanzitutto, la Corte ha osservato che le disposizioni sulla libera prestazione dei servizi non tutelano i prestatori di servizi, cittadini di uno Stato terzo e residenti al di fuori dell'Unione europea: gli artt. 49 CE ss. non possono quindi essere fatti valere da una società con sede in uno Stato terzo (cfr. quanto affermato dalla Corte nel suo parere del 15 novembre 1994, n. 1/94, *Raccolta*, 1994, I, p. 5267).

A parere della Corte, quando un provvedimento nazionale si riferisce nel contempo alla libera prestazione dei servizi e alla libera circolazione dei capitali, è necessario esaminare in quale misura tale provvedimento pregiudichi l'esercizio di tali libertà fondamentali (cfr., per analogia, sentenze del 25 marzo 2004 in causa n. C-71/02, *Karner*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 3025 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 538; del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609 e e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 87 nonché la sentenza della Corte Efta del 14 luglio 2000 in causa E-1/00, *State Management Debt Agency c. Islandsbanki-FBA*, in *Efta Court Report*, 2000-2001, p. 8).

L'attività di concessione di crediti a titolo professionale, come quella esercitata dalla Fidium Finanz è riconducibile, in via di principio, sia alla libera prestazione dei servizi ex art. 49 CE ss., sia alla libera circolazione dei capitali ex artt. 56 CE ss.

La Corte di giustizia ha perciò esaminato se, ed eventualmente in che misura, il regime controverso possa pregiudicare l'esercizio di queste due libertà nelle circostanze riferite al caso di specie e se esso sia idoneo ad ostacolarle.

Al riguardo essa ha osservato, in primo luogo, come il regime controverso ha per effetto di ostacolare l'accesso al mercato finanziario tedesco di operatori economici che non hanno i requisiti richiesti dalla legge tedesca. In secondo luogo, secondo la Corte, devono essere considerate restrizioni alla libera prestazione dei servizi tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà (cfr. sentenza del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 e in questa *Rivista*, 2002, p. 261 con commento di S. D'ACUNTO, *La sentenza della Corte di giustizia contro l'Italia in materia di "fiere": un dossier complesso e tuttora aperto*, p. 269). Mentre il requisito di un'autorizzazione costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi, il requisito relativo all'instaurazione di un centro di attività stabile è di fatto la negazione stessa di tale libertà. L'osservanza di tale requisito può essere imposta soltanto qualora sia provato che esso costituisca una condizione indispensabile per conseguire lo scopo perseguito.

Per quanto riguarda la compatibilità della normativa nazionale tedesca con la libera circolazione dei capitali ai sensi degli artt. 56 CE ss., la Corte di giustizia osserva come sia possibile che, rendendo più difficili per i clienti residenti in Germania le prestazioni di servizi finanziari proposti da società stabilite al di fuori dello Spazio economico europeo, il regime abbia come effetto di rendere meno frequente il ricorso da parte di questi clienti a tali servizi, diminuendo così i flussi finanziari transfrontalieri relativi a tali prestazioni (cfr., in tal senso, sentenze *Omega*, cit. e del 12 settembre 2006 in causa n. C-196/04, *Cadbury Schweppes c. Cadbury Schweppes Overseas*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Cfr., altresì, la sentenza del 28 gennaio 1992 in causa n. C-204/90, *Bachmann*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 249). Per quanto riguarda la libertà di prestazione dei servizi se il regime controverso ha l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato finanziario tedesco delle società aventi sedi negli Stati terzi, esso pregiudica tale libertà.

Gli artt. 49 ss. non possono però essere fatti valere da una società con sede in uno Stato terzo, come la Fidium Finanz.

L'AUSTRIA PUÒ MANTENERE IN VIGORE, A TITOLO TRANSITORIO, LA PROPRIA NORMATIVA SULLA FRANCHIGIA PREVISTA PER LE SIGARETTE CONTENUTE NEI BAGAGLI DEI SOGGETTI RESIDENTI IN AUSTRIA PROVENIENTI DALLA SLOVENIA

Corte di giustizia

Sentenza del 5 ottobre 2006 in causa n. C-140/05

Amalia Valeškoc c. Zollamt Klagenfurt

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Atto di adesione all'Unione europea - Misure transitorie - Allegato XIII - Fiscalità - Sigarette importate dalla Slovenia - Introduzione nel territorio austriaco nel bagaglio personale dei viaggiatori - Franchigia delle accise limitata a determinati quantitativi - Possibilità di mantenere fino al 31 dicembre 2007 le restrizioni quantitative applicate alle importazioni provenienti da Paesi terzi - Direttiva n. 69/169/Cee - Compatibilità con il diritto comunitario.

Il punto 6, n. 2, dell'allegato XIII all'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 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che la Repubblica d'Austria mantenga, a titolo transitorio, la propria normativa nazionale che prevede una franchigia delle accise limitata a 25 unità per le sigarette provenienti dalla Slovenia, introdotte nel territorio della Repubblica d'Austria nel bagaglio personale dei viaggiatori residenti in quest'ultimo Stato membro, che rientrano direttamente nel territorio austriaco per via terrestre o attraverso vie di navigazione interne di tale Stato membro¹.

Gli artt. 23 CE, 25 CE e 26 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, quale quella in questione nella causa principale, secondo cui la franchigia delle accise per le sigarette importate nel bagaglio personale dei viaggiatori è limitata a 25 unità all'ingresso nel territorio della Repubblica d'Austria in provenienza da taluni altri Stati membri, in particolare dalla Repubblica di Slovenia, nonostante il fatto che, in seguito all'ultimo allargamento dell'Unione europea, tale franchigia ridotta non si applica più ad alcuno Stato terzo, con la sola eccezione della zona franca svizzera del Samnauntal, mentre generalmente le importazioni di sigarette provenienti da Paesi terzi beneficiano di una franchigia di 200 unità².

¹⁻² La Corte d'appello tributaria, sezione di Klagenfurt, in Austria ha sottoposto alla Corte di giustizia, alcune questioni riguardanti l'interpretazione del punto 6, n. 2, dell'allegato

XIII dell'Atto relativo alle condizioni di adesione dei nuovi Stati membri, e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (in *Guce* n. L 236 del 2003, p. 33). La questione è stata quella di stabilire se la Repubblica d'Austria possa applicare una normativa secondo la quale la franchigia relativa ai diritti di accisa è limitata a venticinque unità per quanto riguarda le sigarette importate dalla Slovenia qualora siano introdotte in Austria nei bagagli personali di soggetti residenti di quest'ultimo Stato membro che rientrano direttamente attraverso una frontiera terrestre oppure attraverso vie di navigazione interne nel territorio fiscale austriaco in provenienza dalla Slovenia.

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia fra la signora Valeško e l'Ufficio doganale di Klagenfurt concernente la franchigia delle accise applicabili relativamente all'introduzione in territorio austriaco di 200 sigarette provenienti dalla Slovenia. La Corte ha precisato che la legge austriaca in materia di accise sui tabacchi dispone che l'esenzione dall'accisa sui consumi (durante il periodo transitorio che per la Repubblica di Slovenia ha validità fino al 31 dicembre 2007) prevista per i tabacchi lavorati importati nel proprio bagaglio personale da viaggiatori che hanno la loro residenza nel territorio fiscale austriaco e che entrano direttamente in tale territorio attraverso una frontiera terrestre oppure attraverso una via di navigazione interna, è limitata a venticinque sigarette in caso di provenienza dalla Repubblica slovacca, dalla Repubblica di Slovenia o dalla Repubblica di Ungheria.

Nel corso del mese di luglio 2004, la signora Valeško, cittadina austriaca, di ritorno dalla Slovenia, rientrava in territorio austriaco ove risiedeva. Nel corso di alcuni controlli effettuati alla frontiera austriaca di Grablach, la ricorrente dichiarava di essere in possesso di 200 sigarette. Le veniva così applicata l'imposta sul tabacco limitatamente a 175 delle 200 sigarette introdotte in Austria.

La signora Valeško presentava opposizione contro tale decisione, motivando che il limite di esenzione di 25 sigarette previsto dalla normativa nazionale era in contrasto con il diritto comunitario. Successivamente, la ricorrente impugnava la decisione di rigetto dinanzi alla Commissione tributaria indipendente, sezione distaccata di Klagenfurt, che si rivolgeva alla Corte di giustizia in quanto il mantenimento di un regime nazionale che applica alle importazioni provenienti dalla Slovenia una restrizione quantitativa di venticinque sigarette appariva in contrasto con l'Atto di adesione e con i principi contenuti agli artt. 23 CE, 25 CE e 26 CE.

Il giudice del rinvio ha chiesto sostanzialmente alla Corte di giustizia di chiarire se l'Austria potesse mantenere, a titolo transitorio, una normativa secondo la quale la franchigia delle accise per le sigarette importate dalla Slovenia nel bagaglio personale dei viaggiatori risulta limitata a 25 unità.

Innanzitutto, la Corte ha osservato che la materia delle franchigie delle accise per l'importazione di sigarette contenute nel bagaglio personale dei viaggiatori provenienti da Paesi terzi è disciplinata dalla direttiva n. 69/169/Cee (direttiva sulla franchigia dalle imposte sulla cifra d'affari e dalle altre imposizioni indirette interne riscosse all'importazione nel traffico internazionale di viaggiatori, in *Guce* n. L 133 del 1969, p. 6) e gli Stati membri hanno la facoltà di ridurre il quantitativo di sigarette per i viaggiatori che, provenienti da un Paese terzo, entrano in uno Stato membro. Inoltre, l'imposizione fiscale costituisce uno strumento importante ed efficace di lotta al consumo di tali prodotti e, pertanto, di tutela della salute.

Secondo la Corte, la franchigia prevista dalla normativa nazionale limitata a 25 sigarette è stata introdotta per evitare che i residenti austriaci evitino il pagamento dell'accisa globale minima sulle sigarette acquistando tale merce in un Paese terzo limitrofo all'Austria che pratica un livello ridotto d'imposizione fiscale e, quindi, prezzi considerevolmente inferiori.

Ne consegue che, in considerazione della limitazione del campo d'applicazione in funzione delle specificità connesse al rischio di compromettere la politica fiscale (e l'obiettivo di tutela della salute) a causa della prossimità di Paesi terzi non limitrofi e del livello d'imposizione fiscale applicato ai tabacchi lavorati in questi ultimi, la misura nazionale controversa realizza un equilibrio ragionevole fra lo scopo generale della direttiva n. 69/169/Cee e le eccezioni contenute nella stessa. È pacifico che il livello d'imposizione applicabile in Slovenia ai tabacchi lavorati, benché elevato dopo l'adesione all'UE, resta inferiore a quello previsto dalla normativa comunitaria in vigore. Ne consegue, pertanto, che la franchigia li-

mitata a venticinque sigarette non determina alcun contrasto tra la direttiva n. 69/169/Cee e l'Atto di adesione.

Infine, la Corte di giustizia ha chiarito come la normativa in questione non ha carattere discriminatorio in quanto è limitata alle importazioni provenienti da Paesi terzi e dai nuovi Stati membri limitrofi alla Repubblica d'Austria che, per i tabacchi lavorati, praticano un livello d'imposizione fiscale inferiore a quello imposto dalla normativa comunitaria.

LA NORMATIVA UNGHERESE SULLE TASSE DI IMMATRICOLAZIONE DEGLI AUTOVEICOLI CONTRASTA CON IL TRATTATO CE

Corte di giustizia

Sentenza del 5 ottobre 2006 in cause riunite n. C-290/05 e n. C-333/05

Ákos Nádasdi c. Vám- és Pénzügyőrség Észak-Alföldi Regionális Parancsnoksága e Ilona Németh c. Vám- és Pénzügyőrség Dél-Alföldi Regionális Parancsnoksága

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 23 e 25 CE - Libera circolazione delle merci - Art. 90, 1° comma CE - Tributi interni - Tassa d'immatricolazione sulle automobili - Autoveicoli usati - Importazione - Contrasto.

Una tassa come quella introdotta in Ungheria dalla legge n. CX del 2003, relativa alla tassa d'immatricolazione (a regisztrációs adóról szóló 2003. évi CX. törvény), che non colpisce le autovetture private per il fatto che attraversano la frontiera, non costituisce un dazio doganale all'importazione o una tassa di effetto equivalente ai sensi degli artt. 23 CE e 25 CE¹.

L'art. 90, primo comma, CE dev'essere interpretato nel senso che osta ad una tassa come quella introdotta dalla legge relativa alla tassa d'immatricolazione, nella misura in cui è riscossa su autoveicoli usati al momento della loro prima immissione in circolazione sul territorio di uno Stato membro e il suo importo, determinato esclusivamente sulla base delle caratteristiche tecniche degli autoveicoli (tipo di motore, cilindrata) e della loro classificazione ambientale, è calcolato senza tener conto dei loro deprezzamenti, di modo che, quando applicata ad autoveicoli usati importati da altri Stati membri, supera l'importo della detta tassa compreso nel valore residuo di autoveicoli usati simili che sono già registrati nello Stato membro d'importazione.

È irrilevante il paragone con autoveicoli usati immessi in circolazione nello Stato membro di cui trattasi prima dell'introduzione di tale tassa².

L'art. 33 della sesta direttiva non osta alla riscossione di una tassa come

*quella introdotta dalla legge relativa alla tassa d'immatricolazione, la cui base imponibile non è rappresentata dalla cifra d'affari e che non dà luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera*³.

¹⁻³ Il Tribunale provinciale ungherese di Hajdú-Bihar (n. C-290/05) si è rivolto alla Corte di giustizia chiedendo l'interpretazione degli artt. 23, 25, 28 e 90 Trattato CE, nonché dell'art. 33 della sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 77/388/Cee relativa alle imposte sulla cifra d'affari (in *Guce* n. L 145 del 1977, p. 1), come modificata dalla direttiva del Consiglio del 16 dicembre 1991, n. 91/680/Cee. In sostanza, si trattava di chiarire se un'imposta nazionale sull'immatricolazione degli autoveicoli fosse compatibile con l'art. 90, 1° comma, CE. L'imposta in questione viene riscossa su ogni veicolo all'atto della prima messa in circolazione nello Stato membro (Ungheria) e il relativo importo viene determinato sulla base delle caratteristiche tecniche del veicolo e di una classificazione in funzione di considerazioni di tutela ambientale, a prescindere dal valore.

Le questioni sono state sollevate nell'ambito di due controversie, rispettivamente, tra il signor Nádasi e l'ufficio di vigilanza doganale e finanziaria della regione di Észak-Alföld e tra la signora Németh e l'ufficio di vigilanza doganale e finanziaria della regione di Dél-Alföld in merito ad una tassa d'immatricolazione alla quale sono stati assoggettati al momento dell'immatricolazione in Ungheria di autoveicoli usati acquistati in Germania.

L'art. 90 CE prevede che nessun Stato membro applichi direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari e che nessuno Stato membro applichi ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni. L'art. 33 della sesta direttiva sopra citata, stabilisce che: «1. Fatte salve le altre disposizioni comunitarie, in particolare quelle previste dalle vigenti disposizioni comunitarie relative al regime generale per la detenzione, la circolazione e i controlli dei prodotti soggetti ad accise, le disposizioni della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e, più in generale, qualsiasi imposta, diritto e tassa che non abbia il carattere d'imposta sulla cifra d'affari, sempreché tuttavia tale imposta, diritto e tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera. 2. Qualsiasi riferimento nella presente direttiva a prodotti soggetti ad accise riguarda i seguenti prodotti, quali sono definiti dalle vigenti disposizioni comunitarie: oli minerali, alcol e bevande alcoliche, tabacchi lavorati».

Ai sensi della normativa ungherese, la tassa d'immatricolazione è riscossa su tutte le autovetture private destinate ad essere immesse in circolazione sul territorio ungherese.

L'obbligo di corrispondere la tassa sorge in caso di immissione in circolazione sul territorio nazionale di un'autovettura privata, al momento dell'acquisto del diritto di proprietà e in caso di trasformazione di un'autovettura privata, al momento della trasformazione.

L'allegato della legge relativa alla tassa d'immatricolazione fissa importi diversi per tale tassa in funzione delle norme di emissione, del tipo di carburante impiegato e della cilindrata del motore. Tali importi sono applicabili secondo una tabella prefissata e restano invariati, che si tratti dell'immatricolazione di un'autovettura nuova o usata.

Il signor Nádasi acquistava in Germania un'autovettura usata (procedimento n. C-290/05) e pagava alla direzione principale delle dogane di Debrecen la tassa d'immatricolazione per un determinato importo che veniva successivamente aumentato. Il ricorrente proponeva così dinanzi al giudice del rinvio un ricorso diretto a sottoporre a controllo giurisdizionale la decisione con la quale veniva aumentato l'importo della tassa di immatricolazione.

Anche nel procedimento n. C-333/05, la signora Németh acquistava in Germania un'autovettura usata e le autorità ungheresi fissavano l'importo della tassa d'immatricolazione, tenendo conto delle caratteristiche tecniche e ambientali del detto veicolo.

La ricorrente, ritenendo la tassa d'immatricolazione contraria al diritto comunitario, proponeva un ricorso dinanzi al giudice del rinvio contro la decisione delle autorità doganali.

I giudici ungheresi si sono rivolti alla Corte di giustizia sottoponendole alcune questioni relative alla compatibilità della normativa ungherese sulle tasse di immatricolazione degli

autoveicoli con il diritto comunitario: in particolare se l'art. 90, 1° comma, CE debba essere interpretato nel senso che osta ad una tassa come quella introdotta dalla legge relativa alla tassa d'immatricolazione.

Nel sistema comunitario, l'art. 90 CE è il complemento delle disposizioni relative all'abolizione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente. Tale disposizione garantisce la libera circolazione delle merci fra gli Stati membri in normali condizioni di concorrenza, mediante l'eliminazione di ogni forma di protezione che possa risultare dall'applicazione di tributi interni discriminatori nei confronti delle merci originarie di altri Stati membri (cfr. sentenza 15 giugno 2006 in cause riunite n. C-393/04 e n. C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5293).

In materia di tassazione di autoveicoli usati importati, la Corte ha altresì dichiarato che l'art. 90 CE è diretto a garantire l'assoluta neutralità dei tributi interni riguardo alla concorrenza fra merci nazionali e merci importate (v. sentenza 29 aprile 2004 in causa n. C-387/01, *Weigel*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 4981).

La Corte ha precisato che, per garantire l'imparzialità dei tributi interni sotto il profilo della concorrenza fra gli autoveicoli che si trovano già sul mercato nazionale e quelli importati, bisogna confrontare gli effetti della tassa d'immatricolazione che grava sugli autoveicoli usati importati da uno Stato membro diverso dall'Ungheria con quelli della tassa d'immatricolazione residua che colpisce gli autoveicoli usati registrati in Ungheria e che, conseguentemente, sono già stati assoggettati alla stessa tassa.

La Corte ha, inoltre, osservato che un autoveicolo nuovo sul quale è stata riscossa in Ungheria la tassa sull'immatricolazione perde nel corso del tempo una parte del suo valore di mercato. Nello stesso tempo, diminuisce l'importo della tassa sull'immatricolazione compresa nel valore residuo dell'autoveicolo. Questo perché, in quanto autoveicolo usato, può essere venduto solo ad una percentuale del valore iniziale, che comprende l'importo residuo della tassa sull'immatricolazione.

La Corte ha osservato che dalla documentazione presente nei fascicoli dei giudici del rinvio risulta che un autoveicolo con caratteristiche identiche, acquistato usato in un altro Stato membro dell'Unione e registrato in Ungheria verrebbe assoggettato alla tassa d'immatricolazione applicabile ad un autoveicolo di tale categoria con un'aliquota del 100%. Di conseguenza, tale tassa grava sugli autoveicoli usati importati in misura maggiore che sui veicoli usati dello stesso tipo già registrati in Ungheria e assoggettati alla medesima tassa.

Infine, tenuto conto che l'art. 90 1° comma CE impone che si tenga conto della diminuzione di valore dell'autoveicolo usato oggetto della tassazione, in considerazione del fatto che tale tassa è riscossa una sola volta al momento della prima immatricolazione dell'autoveicolo ai fini della sua utilizzazione nello Stato membro interessato ed è quindi incorporata in tale valore, secondo la Corte di giustizia la normativa ungherese relativa alla tassa d'immatricolazione contrasta con il diritto comunitario.

La tassa di cui trattasi nella causa principale, secondo la stessa la Corte, non è però vietata ai sensi dell'art. 33 della sesta direttiva. Sul contrasto esistente la Corte ha precisato come la tassa d'immatricolazione non costituisca una tassa sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33 della sesta direttiva, non essendo la sua base imponibile rappresentata dalla cifra d'affari; essa, infatti, non dà luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera.

**DEVONO ESSERE RICONOSCIUTE DALL'AMMINISTRAZIONE
PUBBLICA ITALIANA L'ESPERIENZA E L'ANZIANITÀ
ACQUISITE IN UN ALTRO STATO MEMBRO DA LAVORATORI
PUBBLICI ITALIANI**

Corte di giustizia

Sentenza del 26 ottobre 2006 in causa n. C-371/04

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato - Libera circolazione dei lavoratori - Impiego nel settore pubblico - Mancata presa in considerazione dell'esperienza professionale e dell'anzianità acquisite in altri Stati membri - Artt. 10 CE e 39 CE - Art. 7, n. 1, del regolamento Cee n. 1612/68 - Inadempienza.

La Repubblica italiana, non avendo tenuto conto dell'esperienza professionale e dell'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga presso una pubblica amministrazione di un altro Stato membro da un lavoratore comunitario impiegato nel settore pubblico italiano, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 39 CE e 7, n. 1, del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità¹.

¹ La Commissione ha proposto un ricorso per inadempimento contro il nostro Paese in seguito ad una serie di denunce presentate per il mancato riconoscimento dell'esperienza professionale maturata da dipendenti pubblici italiani nel settore pubblico in altri Stati membri, in particolare nei settori dell'istruzione e della sanità.

A sostegno del proprio ricorso, la Commissione fa valere due censure, una sulla violazione dell'art. 10 CE, e, l'altra, sulla violazione degli artt. 39 CE e 7, n. 1, del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (in *Guce* n. L 257 del 1968, p. 2).

La Corte precisa che non essendo menzionata, con la lettera di diffida del 19 dicembre 2002, la censura relativa alla violazione dell'art. 10 CE, essa non può esaminare il ricorso nella parte in cui è diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale articolo.

Per quanto riguarda l'art. 39 Trattato CE, lo stesso garantisce la libertà di circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, mentre l'art. 7, n. 1, del regolamento Cee n. 1612/68 prevede 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».

Relativamente alla censura vertente sulla violazione dell'art. 39 del Trattato CE e dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68, la Commissione ha fatto presente, richiamando peraltro una costante giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. sentenze del 15 gennaio 1998 in causa n. C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 47; del 12 marzo 1998 in causa n. C-187/96, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1095; del 30 novembre 2000 in causa n. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10497 e del 12 maggio 2005 in causa n. C-278/03, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3747), come il principio della parità di trattamento dei lavoratori esiga che i periodi di impiego svolti da un lavoratore comunitario, in un analogo settore di attività, in uno Stato membro siano presi in considerazione dall'amministrazione di un altro Stato membro per la determinazione delle condizioni d'esercizio dell'attività lavorativa, quali la retribuzione, il grado o la carriera (tenendo conto dell'esperienza maturata nel pubblico impiego di quest'ultimo Stato).

Da parte sua, il Governo italiano ha sostenuto come l'obbligo incombente alle autorità pubbliche di uno Stato membro di riconoscere i periodi di lavoro svolti in un altro Stato membro sia subordinato alla presenza di due condizioni: i settori delle attività svolte nei due

Stati membri devono essere analoghi e l'attività svolta nell'altro Stato membro deve essere riconducibile al servizio pubblico. Inoltre, il riconoscimento dell'esperienza professionale e dell'anzianità acquisite in un altro Stato membro dal lavoratore comunitario, successivamente impiegato nel settore pubblico italiano, è subordinato all'assunzione previo concorso, come accade in Italia.

Secondo la Corte, qualora un ente pubblico di uno Stato membro – che assuma personale per posti che non rientrano nella sfera d'applicazione dell'art. 39, par. 4 – stabilisca di considerare le attività lavorative svolte in precedenza dai candidati presso una pubblica amministrazione non può, nei confronti di cittadini comunitari, fare alcuna distinzione a seconda che tali attività siano state esercitate nello Stato membro cui appartiene tale ente o in un altro Stato membro (cfr., in particolare, sentenze del 23 febbraio 1994 in causa n. C-419/92, *Scholz*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 505 e del 23 febbraio 2006 in causa n. C-205/04, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 31).

A parere della Corte non è ammesso il rifiuto di riconoscere l'esperienza professionale e l'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga presso un'amministrazione pubblica di un altro Stato membro da cittadini comunitari successivamente impiegati nel settore pubblico italiano, motivando sul fatto che tali cittadini non avrebbero superato alcun concorso prima di esercitare la loro attività nel settore pubblico di tale altro Stato (cfr. quanto ha osservato l'Avvocato Generale al par. 28 delle proprie conclusioni: «In linea di massima, non tutti gli Stati membri assumono il personale per tutti gli impieghi pubblici mediante concorso pubblico. In tale contesto, è possibile evitare una discriminazione solo se si tiene adeguatamente conto dei periodi di impiego nel settore pubblico di un altro Stato membro da parte di una persona assunta nel rispetto dei requisiti prescritti in tale Stato (qualunque essi siano)»). Infatti, non tutti gli Stati membri assumono i dipendenti del loro settore pubblico tramite la procedura del concorso. Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che la censura relativa alla violazione degli artt. 39 CE e 7, n. 1, del regolamento Cee n. 1612/68 è fondata.

PUÒ ESSERE DICHIARATO NULLO IL LODO ARBITRALE CONTRASTANTE CON LA DIRETTIVA SULLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 ottobre 2006 in causa n. C-168/05

Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Mancata contestazione del carattere abusivo di una clausola in sede di procedura arbitrale – Possibilità di sollevare tale eccezione nell'ambito della procedura di impugnazione del lodo - Nullità dell'accordo arbitrale e annullamento del lodo - Squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista.

La direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpreta-

ta nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo¹.

¹ La Corte d'appello di Madrid ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) per chiarire se il sistema di tutela dei consumatori predisposto dalla direttiva implichi che i giudici nazionali, chiamati a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, possano rilevare d'ufficio l'illiceità di una clausola compromissoria ritenuta abusiva, anche qualora la relativa eccezione non sia stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale e venga proposta per la prima volta dal consumatore nell'atto che introduce l'impugnazione.

In particolare, la domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la signora Mostaza Claro e la Centro Móvil Milenium SL in riferimento alla validità di una clausola compromissoria contenuta nel contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile che la ricorrente aveva concluso con tale società. Infatti, nel contratto in questione vi era una clausola compromissoria che sottoponeva ogni controversia, che potesse insorgere tra le parti, all'arbitrato dell'Associazione europea per l'arbitrato secondo diritto e secondo equità (di seguito denominato AEADE).

Poiché la signora Mostaza Claro non rispettava la durata minima dell'abbonamento, la Móvil avviava un procedimento arbitrale dinnanzi all'AEADE che concedeva alla ricorrente un termine di dieci giorni per rifiutare l'arbitrato, precisando che, in caso di rifiuto, la signora Mostaza Claro avrebbe potuto adire la giurisdizione ordinaria. La ricorrente non rifiutava la procedura arbitrale e neppure invocava la nullità della clausola compromissoria.

Successivamente, la signora Mostaza Claro impugnava dinanzi al giudice del rinvio il lodo arbitrale della AEADE a lei sfavorevole, ritenendo che il carattere abusivo della clausola compromissoria comportava la nullità dell'accordo arbitrale.

La Corte d'appello di Madrid non ha avuto dubbi in merito all'abusività della clausola in questione e alla conseguente nullità della stessa, tuttavia, non avendo la ricorrente fatto valere l'eccezione di nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, il giudice nazionale si è rivolto alla Corte di giustizia sottoponendole una questione pregiudiziale.

Prima di tutto la Corte osserva come spetti all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti riconosciuti ai soggetti ai sensi dell'ordinamento comunitario (cfr., in particolare, sentenze del 16 maggio 2000 in causa n. C-78/98, *Preston e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3201 e del 19 settembre 2006 in cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). Ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva: «gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive», mentre ai sensi dell'art. 7, n. 1: «gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori». La facoltà riconosciuta al giudice nazionale di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola costituisce un mezzo adeguato per il raggiungimento degli obiettivi contenuti negli artt. 6 e 7 (cfr. sentenza del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00, *Cofidis*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10875; cfr. la massima in questa *Rivista*, 2003, p. 33 nonché il commento di P. PALLARO, *Note a margine di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia sulla tutela dei consumatori e sull'applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati*, p. 35 ss.).

A parere della Corte di giustizia, gli scopi della direttiva non potrebbero essere raggiunti e addirittura potrebbero essere compromessi qualora il giudice investito di un'impugnazione di un lodo arbitrale non potesse esaminare la nullità di tale decisione unicamente per il fatto

che il consumatore non ha fatto valere la nullità della clausola compromissoria nell'ambito del procedimento arbitrale.

La Corte osserva come l'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista, giustifica la valutazione d'ufficio, da parte del giudice nazionale, della natura abusiva di una clausola contrattuale.

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale deve rilevare l'eccezione di nullità dell'accordo arbitrale e, conseguentemente annullare il lodo, nel caso in cui ritenga che tale accordo includa una clausola ritenuta abusiva ai sensi della direttiva n. 93/13/Cee, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo successivamente nel corso del procedimento di impugnazione del lodo stesso.

PRESTITI ESEGUITI DALLE BIBLIOTECHE PER FINI CULTURALI: L'ITALIA CONDANNATA PER NON AVER CORRETTAMENTE RECEPITO LA DIRETTIVA N. 92/100/CE CONCERNENTE IL DIRITTO DI NOLEGGIO, IL DIRITTO DI PRESTITO E TALUNI DIRITTI CONNESSI AL DIRITTO DI AUTORE IN MATERIA DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Corte di giustizia

Sentenza del 26 ottobre 2006 in causa n. C-198/05

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana sostenuta dal Regno di Spagna

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Direttiva n. 92/100/Cee - Diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale - Diritto di prestito pubblico - Mancato recepimento nel termine prescritto - Sussistenza.

Avendo esentato dal diritto di prestito pubblico tutte le categorie di istituzioni per il prestito pubblico ai sensi della direttiva del Consiglio del 19 novembre 1992, n. 92/100/Cee, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 1 e 5 di tale direttiva¹.

¹ La Commissione delle Comunità europee si è rivolta alla Corte di giustizia con un ricorso per inadempimento nei confronti del nostro Paese per il fatto che esso, avendo esentato dal diritto di prestito pubblico tutte le istituzioni aperte al pubblico ai sensi della direttiva n. 92/100/Cee, (in *Guce* n. L 346 del 1992, p. 61) avrebbe violato gli obblighi imposti dagli

artt. 1 e 5 della direttiva medesima.

L'art. 69, 1° comma, della l. n. 633 del 22 aprile 1941, sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (in *Guri* n. 166 del 1941), come modificata dal dlgs n. 68 del 9 aprile 2003, recante attuazione della direttiva n. 2001/29/Ce sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (in *Guri* n. 87 del 2003), statuisce che: «Il prestito eseguito dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, ai fini esclusivi di promozione culturale e studio personale, non è soggetto ad autorizzazione da parte del titolare del relativo diritto, al quale non è dovuta alcuna remunerazione e ha ad oggetto esclusivamente: (...) b. i fonogrammi ed i videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze d'immagini in movimento, siano esse sonore o meno, decorsi almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione, ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle dette opere e sequenze di immagini».

La Commissione, previo esaurimento della fase precontenziosa, non avendo ricevuto alcun elemento informativo che le permettesse di concludere che i provvedimenti necessari per recepire la direttiva n. 92/100/Cee erano stati definitivamente assunti dall'Italia, ha deciso di introdurre il ricorso da cui è scaturita la sentenza sopra massimata.

Prima di tutto la Corte osserva come l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata sulla base della situazione dello Stato membro allo scadere del termine fissato nel parere motivato (cfr., in particolare, sentenze del 30 gennaio 2002 in causa n. C-103/00, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1147 e del 30 maggio 2002 in causa n. C-323/01, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4711).

La direttiva n. 92/100/Cee prevede, all'art. 5, n. 3, che: «Gli Stati membri possono derogare al diritto esclusivo previsto all'art. 1 per il prestito da parte di istituzioni pubbliche, a condizione che almeno gli autori ricevano una remunerazione per tale prestito. Gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire tale remunerazione tenendo conto dei loro obiettivi di promozione culturale. Qualora gli Stati membri non applichino il diritto esclusivo di prestito di cui all'art. 1 per quanto riguarda i fonogrammi, le pellicole ed i programmi per elaboratore, essi introducono, almeno per quanto riguarda gli autori, una remunerazione. Gli Stati membri possono esonerare alcune categorie di istituzioni dal pagamento della remunerazione di cui ai par. 1 e 2 (...)» (art. 5, nn. 1-3 della direttiva).

La Corte ha ritenuto, sulla base di un'interpretazione restrittiva, che non è possibile esentare tutte le categorie di istituzioni per il prestito pubblico.

La normativa italiana esenta di fatto tutte le categorie di istituzioni per il prestito pubblico. A parere della Corte, tale esenzione per tutte le categorie di istituzioni per il prestito pubblico eccede i limiti previsti dall'art. 5, n. 3, della direttiva, sopra citato. Ne consegue che l'Italia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 1 e 5 della direttiva n. 92/100/Cee.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA CLAUSOLA IN
MATERIA DI RISERVA DI PROPRIETÀ PREVISTA DALLA
DIRETTIVA N. 2000/35/CE SULLA LOTTA CONTRO I RITARDI DEI
PAGAMENTI NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI, CON
RIFERIMENTO ALLA SITUAZIONE ITALIANA**

Corte di giustizia

Sentenza del 26 ottobre 2006 in causa n. C-302/05

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Direttiva n. 2000/35/Ce - Lotta contro i ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali - Art. 4, n. 1 - Riserva di proprietà - Pattuizione accessoria al contratto di vendita - Opponibilità - Principio della certezza del diritto e quello della tutela dell'affidamento del terzo - Infondatezza del ricorso.

(...) la Repubblica italiana, prevedendo che la clausola di riserva della proprietà, per essere opponibile ai creditori del compratore, debba essere confermata nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili, non è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/35/Ce¹.

Il ricorso è respinto².

¹⁻² L'art. 11, 3° comma, del dlvo n. 231 del 9 ottobre 2002, (in *Guri* n. 249 del 23 ottobre 2002) prevede che la riserva della proprietà disciplinata all'art. 1523 del codice civile italiano, preventivamente concordata per iscritto tra l'acquirente e il venditore, «è opponibile ai creditori del compratore se è confermata nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili».

Con il ricorso per inadempimento ex art. 226 Ce la Commissione delle Comunità europee ha chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare che il nostro Paese è venuto meno agli obblighi ad esso imposti dall'art. 4, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2000/35/Ce, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (in *Guce* n. L 200 del 2000, p. 35) ai sensi del quale «gli Stati membri provvedono in conformità con le disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato affinché il venditore conservi il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni».

In sostanza, la Commissione ha ritenuto che l'art. 11, 3° comma, del decreto legislativo sopra citato, contrasti con l'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/35/Ce, nonché con la finalità della direttiva che è quella di armonizzare le legislazioni degli Stati membri connesse alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprese ossia tra imprese e pubbliche amministrazioni per consegne di merci o prestazioni di servizi contro pagamento di un prezzo.

L'inadempimento, a parere della Commissione, riguarda, in particolare, l'obbligo di confermare la clausola di riserva della proprietà in ciascuna fattura affinché essa sia opponibile ai creditori dell'acquirente: ciò costituirebbe una condizione supplementare a carico del venditore, il quale, – per poter godere della proprietà del bene fino al completo pagamento del prezzo – dovrebbe solamente concordare tale clausola con l'acquirente prima della consegna dei beni. Inoltre, il fatto che la data delle fatture debba essere certa e anteriore al pignoramento sarebbe, altresì, incompatibile con l'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/35/Ce, il quale pone l'accento soltanto sull'antiorità dell'accordo concluso esplicitamente tra l'acquirente e il venditore.

Il Governo italiano ha sottolineato come la clausola di riserva della proprietà costituisca una pattuizione accessoria al contratto di vendita, la cui validità ed efficacia non è subordinata ad alcun particolare requisito formale e che l'art. 11, n. 3, del decreto legislativo controverso è stato adottato per integrare le disposizioni del codice civile riferendosi esclusivamente alla disciplina dell'opponibilità della clausola di riserva della proprietà nei confronti dei creditori dell'acquirente, e non anche nei confronti dei terzi acquirenti. Inoltre, l'obbligo di confermare la clausola di riserva della proprietà nei documenti attestanti le successive esecuzioni dell'originario accordo contrattuale ha unicamente lo scopo di rispettare il principio della certezza del diritto e quello della tutela dell'affidamento del terzo.

La Corte di giustizia, per decidere sull'inadempimento dell'Italia, ha analizzato l'art. 4, n. 1, della direttiva n. 2000/35/Ce al fine di poter verificare se la disposizione controversa abbia inciso sulle norme nazionali adottate in merito all'opponibilità ai terzi delle clausole di riserva della proprietà. La Corte di giustizia ha osservato come la direttiva contenga solamente talune disposizioni specifiche dirette a lottare contro tali ritardi, per esempio, quelli concernenti gli interessi in caso di ritardo di pagamento (art. 3), la riserva di proprietà (art. 4) e le procedure di recupero dei crediti non contestati (art. 5). La Corte ha precisato, altresì, che la norma contempla gli effetti della clausola di riserva della proprietà nei confronti dell'acquirente e del venditore, potendo quest'ultimo conservare la proprietà dei beni fino al pagamento integrale. Essa stabilisce inoltre, quale requisito di validità di una clausola di questo tipo, che quest'ultima sia stata pattuita esplicitamente tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni.

La Corte di giustizia ha concluso nel senso che il legislatore comunitario ha voluto garantire i creditori ponendoli in una posizione tale da poter esercitare la riserva di proprietà su base non discriminatoria in tutta la Comunità, sempre che la clausola sia valida ai sensi delle disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato.

Pertanto, a parere della Corte, la possibilità conferita ai creditori di avvalersi di una tale clausola si presenta come un contributo specifico alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Infine, la Corte, sottolineando come le norme in discussione restino disciplinate esclusivamente dagli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri, ha accolto le tesi del Governo italiano e respinto il ricorso della Commissione non essendosi verificato alcun inadempimento.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IN QUALI CASI È OBBLIGATORIO INDICARE LA PROVENIENZA GEOGRAFICA DI UN PRODOTTO ALIMENTARE

**Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia
Sentenza del 15 dicembre 2005 - 23 maggio 2006 n. 351/06 ***

Luigi Zaini Spa c. Ministero della salute

Dlgo n. 109/92, art. 3; dlgo n. 178/03 – Importazione di prodotti dolciari a base di cioccolato – Indicazione obbligatoria dell’origine o provenienza estera del prodotto – Insussistenza dell’obbligo per i prodotti industriali ottenuti da componenti esotiche.

L’indicazione dell’origine o della provenienza estera di un prodotto è richiesta soltanto quando serve per informare sulla qualità del prodotto messo in commercio. Ai sensi del combinato disposto dell’art. 3, lett. m., del decreto legislativo n. 109/92 e del decreto legislativo n. 178/03 non è richiesta per prodotti di cioccolato ottenuti industrialmente con materie esotiche.

(Omissis) **In diritto**

La ricorrente società contesta la legittimità di un vincolo imposto in sede di rilascio di nulla osta sanitario all’importazione di una partita di prodotti dolciari a base di cioccolato (ovetti), vincolo consistente nell’obbligo di completamento della eti-

* In argomento v. *infra*, p. 771 ss., il commento di GIUSEPPE COSCIA.

chettatura su ciascun singolo prodotto (ovetto) con l'indicazione del paese di provenienza (Turchia), a garanzia della dovuta informazione del consumatore.

Premesso che la società ricorrente ha di fatto prontamente adempiuto al vincolo, provvedendo ad etichettare i singoli ovetti nel modo voluto onde poterli immettere al commercio, e che l'interesse al ricorso permane quindi, come si ammette da controparte, a fini risarcitori, ritiene il Tribunale che il ricorso stesso sia fondato.

Va precisato che l'atto di vincolo impugnato risale al 25 maggio 2004, ed è quindi anteriore all'entrata in vigore della L. 3 agosto 2004 n. 204, la quale, in sede di conversione del D.L. 24 giugno 2004 n. 157, ha aggiunto l'art. 1 bis nel quale si impone in via generale l'obbligo di indicazione nell'etichettatura dei prodotti alimentari, tra le altre caratteristiche dei prodotti, anche il luogo di provenienza.

Ne segue logicamente che la fattispecie va esaminata alla stregua della preveniente disciplina in materia, la quale, come risulta del resto ovvio tra l'altro per il fatto stesso della ritenuta necessità della novella ora ricordata (della cui compatibilità comunitaria par lecito dubitare) che in caso contrario non avrebbe alcun senso, si appalesa assai meno severa sul punto, posto che, come risulta dall'art. 3 D.L.vo n. 109/92 (norme sull'etichettatura dei prodotti alimentari) cui rimanda l'art. 5 del D.Lvo n. 178/03 (disciplina prodotti di cacao e cioccolato), l'indicazione del paese di provenienza non è in ogni caso tassativamente obbligatoria, in quanto prevista solo nel caso in cui l'omissione possa indurre in errore l'acquirente circa l'origine o la provenienza del prodotto: ora, è da osservare che, come la giurisprudenza ha avuto modo di affermare (cfr. Cass. pen. sez. III, 17 febbraio 2005 n. 13712), conclusione che appare pienamente logica e condivisibile, l'indicazione di origine o provenienza del prodotto alimentare ha la sua ragion d'essere e diviene quindi necessaria solo quando si tratta di garantire il consumatore sulla qualità del prodotto stesso (questa essendo l'unica ragione idonea a giustificare la suddetta indicazione di provenienza o d'origine comunitariamente compatibile con il principio di libera circolazione delle merci). Necessità che quindi, mentre risulta concretamente visibile nel caso di prodotti alimentari essenzialmente agricoli la cui qualità dipenda dal particolare ambiente naturale in cui sono prodotti (si pensi ad es. a formaggi, quali la mozzarella, il cui nome stesso si identifica con un determinato e circoscritto territorio), scompare del tutto nel caso, come nella specie, di prodotti sostanzialmente industriali frutto di lavorazione e trasformazione di materie prime per lo più di provenienza sicuramente "esotica" per i quali la garanzia di qualità viene fornita dalla affidabilità tecnica del produttore e dalle altre indicazioni in etichetta prevista dal suddetto art. 3 del D.L.vo n. 109/92, puntualmente nella specie indicati (vedasi doc. n. 5): denominazione di vendita, produttore, ingredienti, termine minimo di conservazione).

Appare perciò fondata la radicale censura dedotta nel primo mezzo, con la quale giustamente si segnala che il D.L.vo n. 178/03 nulla di specifico prevede sull'indicazione di provenienza dei prodotti confezionati a base di cacao e cioccolato, rinviando sul punto al D.L.vo n. 109/92, a differenza invece di quanto un tempo espressamente prescritto per i medesimi prodotti ove, come nella specie, fabbricati al di fuori della Comunità europea dalla vetusta l. n. 351 del 1976 (art. 17 lett. g.).

In ogni caso, anche a voler prescindere dalle conclusioni ora raggiunte, si sottolinea giustamente che, comunque, in base alle disposizioni contenute nell'art. 16 del cit. D.L.vo n. 109/92, nel testo introdotto dal D.L.vo n. 181/03, i prodotti dolciari preconfezionati, quali sono gli ovetti di cui qui si discute, «destinati ad essere vendu-

ti a pezzo o alla rinfusa, generalmente destinati al consumo subito dopo l'acquisto», possono riportare le indicazioni obbligatorie previste dalla legge a tutela del consumatore (indicazioni tra le quali comunque non è prevista, si sottolinea, quella relativa alla origine o provenienza) sull'apposito cartello applicato al recipiente che li contiene nel luogo di vendita, «in modo da essere facilmente visibili e leggibili dall'acquirente»: il tutto a carico ovviamente del venditore al minuto, e non certo dell'importatore e distributore all'ingrosso).

L'accoglimento del ricorso comporta di conseguenza l'ammissibilità della domanda di risarcimento dei danni subiti, per un importo complessivo che ammonta ad euro 13.942,37, sommando le singole voci elencate in memoria dalla ricorrente (la somma complessiva riportata di euro 23.716 risultando evidentemente erronea).

La domanda appare nel merito fondata in parte.

Evidente appare in primo luogo il pieno diritto alla risarcibilità del danno ingiusto provocato dall'atto impugnato per il fatto di aver illegittimamente condizionato il nulla osta all'importazione alla previa applicazione sugli oltre 200.000 ovetti di etichette autoadesive con la dicitura «prodotto in Turchia»: operazione di fatto compiuta e documentata nel relativo importo da apposita fattura (in atti) per un totale di euro 9774 I.V.A. compresa.

Altrettanto non può dirsi per la domanda risarcitoria riferita alla sosta forzata in area doganale dell'automezzo del trasportatore per i quattro giorni successivi all'adozione dell'atto impugnato, per un costo di euro 200 al giorno più I.V.A. (per un totale di euro 960). Manca qui infatti il nesso di causalità diretto con l'atto impugnato, dato che, come si osserva da parte della P.A. in memoria, con nota del 28 maggio 2004 dell'Ufficio di Sanità Marittima si era chiarito che il nulla osta sanitario era a disposizione della ricorrente sin dal 25 maggio, e cioè sin dall'arrivo in dogana della merce, a condizione naturalmente che la ditta ricorrente adempisse alla condizione imposta (come di fatto avvenuto): ne deriva che la sosta dell'automezzo sino alla domenica successiva 30 maggio non può ragionevolmente essere imputata a fatto della P.A.

Nulla spetta altresì alla società ricorrente per ciò che attiene al costo delle singole etichette (euro 321 circa) e alla asserita perdita di fatturato per ritardo nella consegna del prodotto (euro 2.886 circa).

Quanto al costo delle etichette, si osserva che lo stesso non appare provato in alcun modo, dato che il documento all'uopo indicato con il n. 4 in realtà è una fattura che riguarda tutt'altro e risale ad un anno prima (31 marzo 2003).

Per ciò che attiene poi alla perdita di fatturato, si osserva da un lato che la documentazione prodotta consiste in fatture e documenti di trasporto che di per sé non provano nulla e per di più in molti casi neppure riguardano i prodotti che qui interessano. Da un altro e determinante lato, poi, è da notare che di fatto sin dal 9 giugno 2004, ad appena due settimane cioè dalla condizione imposta per avere il nulla osta sanitario della merce in dogana, l'ASL competente aveva accertato l'avvenuto assolvimento della condizione imposta, con conseguente immediata commerciabilità della merce stessa: ciò che porta a ritenere di fatto inconsistente l'asserita perdita di fatturato, come del resto si ammette in sostanza in una nota della stessa ricorrente all'Ufficio marittimo di Trieste del 1° giugno, in cui si afferma che la rietichettatura della quale si è detto viene effettuata proprio al fine di far fronte al timore di perdita di ordinazioni.

E nel costo di tale operazione di etichettatura rapidissimamente portata a termi-

ne si risolve in sostanza, come si è visto, la quantificazione del danno subito dalla ricorrente a causa dell'illegitto operato della P.A.

In definitiva, il ricorso deve essere accolto, e così pure la domanda di risarcimento danni, nei limiti sopra evidenziati.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

PRODOTTI ALIMENTARI D'IMPORTAZIONE E INDICAZIONE DELLA PROVENIENZA

Sommario: **1.** *I contenuti essenziali della decisione* - **2.** *La soluzione della questione giuridica accolta dalla decisione* - **3.** *La portata dell'art. 3, n. 8, della direttiva n. 2000/13/Ce e della corrispondente normativa interna.*

1. I contenuti essenziali della decisione

Una partita di confetti di cioccolato confezionata in tanti ovetti di plastica, ciascuno dotato di un'etichetta, che indicava la ragione sociale e la sede dell'importatore italiano, ma ometteva di specificare la provenienza straniera della merce, è stata bloccata in dogana dall'Ufficio Sanità Marittima Area di Frontiera (USMAF); lo sdoganamento è stato autorizzato alla condizione che fosse apposta su ogni ovetto la dizione «*Made in Turkey*» ovvero «*Fabbricato in Turchia*».

La sentenza in commento, nella sostanza corretta, ha dichiarato illegittimo il vincolo sanitario con motivazione essenziale che ha fatto leva sulle seguenti considerazioni:

a. la fattispecie in esame andava decisa, *ratione temporis*, sulla scorta della legislazione in vigore prima della legge n. 204 del 3 agosto 2004, che con il suo art. 1 bis ha imposto l'obbligo di indicare in etichettatura l'origine dei prodotti alimentari, norma di dubbia compatibilità con il diritto comunitario¹. Nell'ambito della disciplina previgente², in particolare, veniva in consi-

¹ La legge n. 204 del 3 agosto 2004, che ha convertito con modificazioni il dl 24 giugno 2004, n. 157, recante disposizioni urgenti per l'etichettatura di alcuni prodotti agroalimentari, nonché in materia di agricoltura e pesca (in *Guri* n. 186 del 10 agosto 2004, p. 5) è, almeno sul piano sostanziale, di dubbia compatibilità comunitaria. Essa impone con il suo art. 1 bis d'indicare nell'etichettatura dei prodotti alimentari la loro origine o provenienza dando delle nozioni la seguente definizione: «Per luogo d'origine o provenienza di un prodotto alimentare non trasformato s'intende il paese d'origine ed eventualmente la zona di produzione e, per un prodotto alimentare trasformato, la zona di coltivazione o di allevamento della materia prima utilizzata prevalentemente nella preparazione e nella produzione». Nell'art. 1 ter, poi, che disciplina l'etichettatura dell'olio d'oliva, si è affermato l'obbligo d'indicare il luogo di raccolta e molitura della materia. La norma ha

derazione l'art. 3, lett. *m.*, del decreto legislativo n. 109/92, secondo il quale l'indicazione in etichetta del luogo d'origine o di provenienza di un alimento è obbligatorio soltanto quando la sua omissione possa indurre in errore rilevante l'acquirente;

b. l'errore sull'origine o provenienza di un prodotto ha rilevanza nella decisione d'acquisto del consumatore soltanto quando incide sull'aspettativa di qualità dell'alimento acquistato. L'indicazione dell'origine è, pertanto, necessaria soltanto nel caso di alimenti essenzialmente agricoli la cui qualità dipende dal particolare ambiente naturale di produzione; non è invece, richiesta per i prodotti industriali, quali il cioccolato, che, ottenuto da componenti esotiche, può essere venduto sotto tale denominazione soltanto se rispetta le indicazioni di ricetta o composizione stabilite da decreto legislativo n. 178/03.

L'essenziale motivazione si presta ad alcune considerazioni integrative.

2. La soluzione della questione giuridica accolta dalla decisione

La norma invocata dall'USMAF e l'*iter* argomentativo seguito per giustificare il provvedimento di vincolo non sono stati ricordati dalla decisione in commento. Può presumersi che l'iniziativa del funzionario accertatore sia stata attivata dal clima protettivo del «Made in Italy» manifestatosi anche con l'introduzione nella finanziaria 2004 dell'art. 4 comma 49³; rilevando un'omissio-

ripreso con formula attenuata quanto già disposto con legge n. 313 del 3 agosto 1998, e dichiarato di-sapplicabile dalla sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2000 in causa n. C-443/98, *Unilever* (in *Raccolta*, 2000, I, p. 7535 e in questa *Rivista*, 2001, p. 53 con commento di F. CAPELLI, *Lo Stato non può modificare le disposizioni nazionali in materia di etichettatura senza la preventiva autorizzazione della Commissione europea*, p. 61 ss.) in quanto introduceva una restrizione quantitativa incompatibile con il diritto comunitario. Per un commento e riferimenti, v. G. COSCIA, *La via italiana all'etichettatura dei prodotti alimentari. Un provvedimento normativo senza futuro*, in *Alimenta*, 2004, p. 151 ss.; G. DE GIOVANNI, *Origine e provenienza dei prodotti alimentari*, in *Alimenta*, 2004, p. 143 ss. La normativa ha avuto in realtà qualche seguito con la complicità in un caso della Commissione. V. per la passata di pomodoro il decreto del Ministro delle attività produttive 17 febbraio 2006, in *Guri* n. 57 del 9 marzo 2006.

² Si trattava del dlgo n. 109/92, cui rimanda il dlgo n. 178/03 (*Guri* n. 165 del 18 luglio 2003), disciplina verticale relativa ai prodotti di cacao e cioccolato.

³ L'inserimento nella legge finanziaria di disposizioni sulla tutela del «Made in Italy», che meglio figurerebbero in altro provvedimento normativo, sembra diventare una costante nell'ordinamento italiano. La recentissima legge finanziaria per il 2007 (*Guri* n. 299 del 27 dicembre 2006, *suppl. ord.*) è nuovamente intervenuta sull'argomento per integrare il citato art. 4, comma 49, con l'aggiunta in fine delle parole: «incluso l'uso fallace o fuorviante di marchi aziendali ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli». La disposizione è stata salutata come un alleggerimento del pericolo di subire sanzioni penali cui sono esposti quanti hanno delocalizzato all'estero la loro produzione, ma intendono continuare a esitarla sul mercato italiano con il proprio marchio. Il riferimento alla disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli, armonizzata dalla direttiva n. 2005/29 (la relativa attuazione è stata delegata al Governo con la legge comunitaria 2005, legge n. 29 del 25 gennaio 2006, in *Guri* n. 32 dell'8 febbraio 2006, *suppl. ord.*), metterebbe fuori gioco, si dice, il generico riferimento operato dal comma 49 alla normativa europea sull'origine, normalmente identificata nella disciplina doganale europea. L'aggiunta introdotta non apporta in realtà alcuna chiarezza. Basta considerare l'art. 6 della direttiva secondo il quale: «1. È conside-

ne, tuttavia, non ha contestato il reato previsto dalla norma appena ricordata, ma soltanto la decettività dell'etichetta quanto all'origine o provenienza della merce ai sensi dell'art. 3, lett. *m.*, del dlgo n. 109/92.

Nella pratica si assume abbastanza frequentemente che il silenzio di un'etichetta sull'origine o la provenienza estera di un prodotto, accompagnato dall'indicazione della sola sede dell'importatore italiano, induca in inganno l'acquirente facendogli credere la natura nazionale della merce.

L'opinione trova, probabilmente, qualche conforto nel testo della legge italiana n. 109/92; questa, infatti, impone di indicare in etichetta, in aggiunta a quanto previsto dal diritto comunitario, anche la sede dello stabilimento di produzione o di confezionamento della merce, nella specie sempre in Turchia. L'acquirente italiano, rilevando che l'etichetta indica una sede unica, sarebbe portato ragionevolmente a presumere ivi localizzate tutte le operazioni cui è stato sottoposto il prodotto, a partire dalla lavorazione della materia prima⁴.

Senonché l'Italia ha potuto eccezionalmente riprendere nella legge n. 109/92 la disposizione appena ricordata grazie all'art. 3, n. 2, della direttiva n. 2001/13/Ce, che ha autorizzato la deroga alla disciplina comunitaria, limitandone, peraltro, la validità alle sole merci nazionali. Il dato normativo italiano,

rata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: (...) *b.* (...) l'origine geografica o commerciale (...). Il vantaggio derivante dal fatto che è stata resa condizione per l'emergere di una pratica commerciale ingannevole l'idoneità del comportamento attivo a fare assumere al consumatore una decisione di natura commerciale, situazione non meglio definita, è compensato dalla espressa indicazione che il marchio può essere ritenuto decettivo e che l'errore può cadere sull'origine geografica o su quella commerciale. La direttiva, infatti, non specifica i criteri per determinare l'uno o l'altro luogo d'origine. V. la direttiva n. 2005/29/Ce in *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss. nonché in questa *Rivista*, 2006, p. 349 ss. con commento di R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, p. 361 ss. Sul tema dell'origine nell'etichettatura degli alimenti si vedano, fra gli altri, in dottrina F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2000, p. 23 ss.; ID. *Dall'etichetta al marchio: origine degli alimenti ed origine della materia prima in un caso di diritto industriale*, in *Dir. Giur. Agr. Amb.*, 2005, p. 621 ss.; V. MAGLIO, *La «trasparenza» dei prodotti alimentari: la funzione dell'etichettatura nella tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, p. 311 ss.; S. ALAGNA, *Le etichette: strumenti essenziali del sistema di qualità dei prodotti alimentari*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2002, p. 1069 ss.; P. BORGHI, *Il "made in Italy" nella disciplina italiana e comunitaria, con particolare riferimento agli alimenti*, in *Diritto & Diritti, Rivista giuridica elettronica pubblicata su internet*, on line all'indirizzo www.diritto.it; N. PICCHI, *Marchio d'origine: ipotesi di tutela del "made in Italy" e quadro normativo internazionale. La prima pronuncia della Cassazione in merito al comma 49 dell'art. 4 legge 350/2003. Le nuove disposizioni introdotte dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35*, in N. PICCHI, *Paesi emergenti e concorrenza sleale - Gli strumenti giuridici di difesa per le imprese italiane*, Brescia, Grafo, 2005; V. RUBINO, *La tutela del "Made in Italy" dopo la sentenza nr. 2648/06 della Corte di Cassazione: considerazioni generali e ricadute nell'ambito delle produzioni alimentari alla luce della normativa e delle giurisprudenza comunitaria*, in *Alimenta*, 2006, p. 180 ss.

⁴ Nell'assurda previsione dell'art. 1 bis, secondo comma, della legge n. 204 del 3 agosto 2004, il cioccolato non potrebbe mai essere indicato in etichetta come «Made in Italy», posto che l'origine di un prodotto alimentare trasformato è «la zona di coltivazione o di allevamento della materia prima agricola utilizzata prevalentemente nella preparazione e produzione».

in conseguenza, forse unico in Europa, ha mantenuto disposizione finalizzata ad agevolare i controlli, ma allo stesso tempo idonea a consentire una presunzione, che alla luce della normativa comunitaria non sembra legittima⁵.

La dottrina è, di regola, più prudente sulla bontà della presunzione che consentirebbe di risalire dalla sede dell'importatore italiano precisata in etichetta all'origine della merce⁶. Il puntuale rispetto delle regole comunitarie sull'etichettatura dei prodotti alimentari non può ritenersi generatore di un sistematico inganno in capo all'acquirente; in effetti non provoca altro che carenza nell'informazione, in linea con la politica comunitaria fino ad ora seguita, contraria a rendere obbligatoria l'indicazione dell'origine per non dare supporto a preconcetti nazionalistici⁷.

Il problema interpretativo posto dall'art. 3, n. 8, della direttiva n. 2000/13/Ce e della corrispondente normativa interna, liberato dalla ricordata presunzione, si sposta sulla individuazione delle condizioni alle quali diventa applicabile.

La sentenza in commento si è mossa correttamente nella direzione da ultimo indicata, ma non ha apportato un effettivo contributo di approfondimento essendosi genericamente appoggiata come premessa interpretativa ad un principio formulato dalla giurisprudenza nella lettura degli artt. 517 c. p. e 4, comma 49, legge n. 350/2003.

Le disposizioni appena ricordate sanzionano i comportamenti positivi in violazione dell'ordine economico atti a trarre in inganno il compratore in ordine all'origine, provenienza o qualità di un prodotto, più specificamente del «Made in Italy». Secondo la giurisprudenza l'oggetto essenziale della protezione sarebbe la "qualità". Questa nel caso dei prodotti industriali è garantita dall'imprenditore che ha la responsabilità tecnica, economica e giuridica del processo di produzione; la sua azienda è conseguentemente il punto di riferimento per determinare l'origine o la provenienza della merce che circola sotto

⁵ L'art. 6 del dlvo n. 206 del 6 settembre 2005, Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (*Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*), stabilisce che «1. I prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore, commercializzati sul territorio nazionale, riportano, chiaramente visibili e leggibili, almeno le indicazioni relative: (...) b. al nome o ragione sociale o marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea (...)». L'art. 3, lett. f, del dlvo non è stata espressamente abrogata dal predetto provvedimento e potrebbe continuare ad essere in vigore come norma speciale. Lo stesso codice all'art. 6, lett. c., stabilisce che i prodotti commercializzati sul territorio nazionale devono riportare le indicazioni relative «al Paese d'origine se situato fuori dell'Unione europea» (...) La norma dimentica che la Turchia è parte integrante del territorio doganale europeo e che la decisione n. 1/95 del Consiglio di associazione CE-Turchia del 22 dicembre 1995 relativa all'attuazione della fase finale dell'unione doganale pone tra le parti il divieto di restrizioni quantitative e di misure d'effetto equivalente.

⁶ Cfr. G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari. Guida pratica per imprese e addetti alla vigilanza*, Bologna, Edagricole, 2004, p. 108 ss.

⁷ Mostra un ripensamento la proposta di regolamento del Consiglio 16 dicembre 2005 COM(2005)661 def. relativo all'indicazione del Paese d'origine di taluni prodotti importati da Paesi terzi avanzata dalla Commissione.

la sua denominazione o il suo marchio⁸. Infatti, si assume che il livello qualitativo di una merce non sia più di tanto dissimile a seconda che sia prodotta in uno o altro stabilimento, naturalmente quando siano tutti inseriti in uno stesso sistema aziendale. Diversa considerazione varrebbe per i prodotti agroalimentari, essenzialmente per quelli tipici, che traggono la loro qualità o alcune caratteristiche peculiari dal luogo di origine della materia prima impiegata o da alcune specifiche modalità di produzione locale; per queste, infatti, l'origine sarebbe da collocare in un luogo geografico⁹.

Cogliendo il riferimento alla qualità, la decisione in commento ha statuito in modo quasi apodittico che l'indicazione dell'origine o della provenienza non è richiesta per i prodotti di cioccolato, che sono ottenuti con materia esotica, che hanno caratteristiche non dissimili qualunque sia il luogo geografico di loro produzione e che possono essere designati con detta denominazione soltanto se rispettano gli *standard* di ricetta fissati nel dlgs n. 178/2003¹⁰.

L'utilità della distinzione al fine d'interpretare l'art. 3, n. 8, della direttiva n. 2000/13/Ce, almeno sotto il profilo della sua sufficienza, appare dubbia. La stessa è stata fatta per interpretare norme che rispondono alla stessa finalità dell'art. 2 della direttiva e che sanzionano la presentazione di prodotti con formule che possano trarre in inganno gli acquirenti, in particolare e, fra l'altro, sulla loro origine e provenienza.

L'art. 3, n. 8, della direttiva, invece, per quanto indistintamente applicabile, sembra obbligare non tutti i produttori, ma soltanto alcuni di essi a indicare nell'etichetta dei prodotti alimentari la loro origine e provenienza, di regola non richiesta. La sua applicazione è subordinata al verificarsi, come si è detto, di alcune condizioni che, forse per la ritenuta evidenza della fattispecie decisa non si è ritenuto necessario approfondire, ma sulle quali sembra opportuno soffermarsi¹¹.

⁸ La distinzione ha dei lati oscuri. Ad esempio, come va considerata la fattispecie relativa all'introduzione sul mercato italiano di merce offerta sotto il marchio del solo venditore stabilito nel nostro paese e che, quindi, per non essere produttore può sottrarsi alla relativa responsabilità? Deve essere considerata una pratica vietata? Un marchio aziendale che riportasse soltanto detti elementi usati nei limiti consentiti dalla legge non dovrebbe considerarsi decettivo.

⁹ La sentenza in commento si richiama a Cass. pen. 17 febbraio 2005, n. 13712. Si vedano anche, Cass. pen. 19 aprile 2005, n. 34103; Cass. pen. 9 novembre 2005, n. 2648; Cass. pen. 2 marzo 2006 n. 24043.

¹⁰ L'argomento della sentenza in commento sopra indicato è ambiguo sia in relazione all'esempio successivamente fatto (la mozzarella), sia perché sembrerebbe onerare della specificazione il produttore dell'alimento d'eccellenza e non agli altri, che potrebbero appropriarsi delle qualità del primo, contrariamente a quanto dispone l'art. 3, n. 8, della direttiva n. 2000/13/Ce.

¹¹ La valutazione della legittimità del vincolo, come è noto, non poteva essere operata nel solo contesto della disciplina italiana, ma inserita in quello più generale delle indicazioni comunitarie, che obbligano il giudice non soltanto a dare del diritto interno lettura possibilmente conforme alla disciplina europea, ma anche ad affermarne la prevalenza nei rapporti così detti verticali, quali quello deciso.

3 La portata dell'art 3, n. 8, della direttiva n. 2000/13/Ce e della corrispondente normativa interna

Diversamente dall'art. 2 della direttiva n. 2000/13/Ce, che ha portata generale e vieta i comportamenti positivi in violazione dei principi sulla lealtà commerciale e sulla tutela del consumatore, il successivo art. 3, n. 8, è disposizione sicuramente eccezionale, applicabile nei casi in cui un'omissione possa indurre in errore l'acquirente sull'origine o provenienza di un prodotto alimentare, ragionevolmente limitati, ma indefiniti stante la genericità della formula normativa impiegata. Alla lamentata insufficienza si può ovviare almeno in parte inserendo la norma nel suo contesto e ricercandone la funzione.

La norma in esame si inquadra nell'orientamento di principio finora seguito dal diritto comunitario di rendere soltanto eccezionalmente obbligatoria l'indicazione in etichetta dell'origine o provenienza degli alimenti; anzi di considerare ogni normativa o prassi interpretativa interna, che persegue il fine indicato, una misura d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa, di regola vietata dall'art. 28 CE, ma eccezionalmente legittima se fondata su esigenze imperative quali, in particolare, la tutela della lealtà nel commercio e la protezione del consumatore, oppure giustificate da uno dei motivi elencati nell'art. 30 CE¹².

Nel sistema della direttiva n. 2000/13/Ce, poi, la norma sembra avere la finalità correttiva delle possibili carenze, che potrebbero derivare proprio dalla circostanza che l'origine o la provenienza dei prodotti non deve essere obbligatoriamente indicata in etichetta ai sensi dell'art. 3. In conseguenza sembra debba ritenersi non soltanto che l'onere della correzione possa essere imposto soltanto per fare salve esigenze imperative, ma anche, nella stessa logica, che l'obbligo dell'indicazione non gravi su tutti indistintamente i produttori di beni alimentari confondibili, ma soltanto su quelli che offrono merci non corrispondenti alle aspettative del mercato di commercializzazione.

Il legislatore comunitario è intervenuto con norme specifiche per imporre in alcuni casi l'indicazione di origine delle merci. Prescindendo dalle discipline sulle denominazioni di origine geografiche, che rendono oggetto di privata protetta il riferimento territoriale, si tratta di un insieme di provvedimenti che riguardano essenzialmente prodotti freschi, non trasformati e destinati ad essere venduti al consumatore come tali, frequentemente neppure confezionati. Le ricordate previsioni riguardano, ad esempio, il pesce, che deve essere offerto in vendita con l'indicazione del luogo di cattura; i prodotti ortofrutticoli, la cui origine va specificata genericamente, di regola il territorio dello Stato in cui sono raccolti. La normativa sul miele, oltre a dare atto nel

¹² V. Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1997 in causa n. C-321/94, *Pistre*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2343.

considerando n. 5 che vi è stretto collegamento fra qualità del prodotto e la sua origine, specifica che si può riportare quella regionale, territoriale o topografica, ma che si deve almeno precisare il Paese in cui è stato ottenuto. Per le miscele di mieli di diversa origine sono dettate regole mirate a rendere palese da quali Stati o gruppi di Stati la merce proviene.

Il pubblico è oggi molto sensibile sull'origine della carne, sicché è stata emanata in proposito disciplina sull'etichettatura più complessa; ad esempio, per la carne bovina offerta per il consumo si chiede di indicare il Paese di nascita, d'allevamento e di macellazione dell'animale, indicazione unificabile ove i luoghi insistano tutti in uno stesso Stato.

Il diritto comunitario è intervenuto in alcuni casi anche per definire il luogo d'origine di un prodotto, che si voglia indicare in etichetta: ad esempio, il regolamento n. 1019/2002 della Commissione, più volte aggiornato, consente di precisare l'origine dell'olio extra vergine e vergine d'oliva, ma, fatta eccezione per gli oli DOP e IGP, non permette di riferirla ad una specifica zona o a una regione; il luogo di origine può essere soltanto un Paese membro, la Comunità o uno Stato terzo. La designazione dell'origine che indica uno Stato membro o la Comunità corrisponde alla zona geografica nella quale le olive sono state raccolte e in cui è situato il frantoio nel quale è stato estratto l'olio. Nel caso di non coincidenza, l'indicazione facoltativa dell'origine deve specificare i due diversi luoghi rilevanti¹³.

Le ricordate disposizioni fanno intendere che l'obbligo d'indicare l'origine o la provenienza di un prodotto alimentare è stato dettato essenzialmente perché sul mercato possono essere offerti prodotti confondibili ai quali il consumatore può forse attribuire proprietà o caratteristiche diverse in relazione alla loro origine o provenienza sicché occorre metterle in condizione di operare le relative distinzioni per soddisfare le sue esigenze. Determinare quali di queste esigenze siano degne di tutela è il problema interpretativo posto dalla norma in esame¹⁴.

¹³ Cfr. artt. 4 e 5 del regolamento n. 1019/2002 della Commissione, testo consolidato.

¹⁴ Determinare in concreto quale sia il luogo di origine o di provenienza che deve essere indicato ai sensi dell'art. 3, n. 8, della direttiva n. 2000/13/Ce, disposizione operante genericamente per tutti i prodotti alimentari, preconfezionati e non, destinati alla vendita al consumatore, è problema di dubbia soluzione. La disposizione sembra perseguire essenzialmente finalità intracomunitarie e obbligare talvolta a precisare il luogo d'origine e provenienza delle merci, in ogni caso riferibile al territorio di uno Stato, ma lasciando indeterminate le coordinate da seguire per individuarlo. La norma, poi, sarebbe indistintamente applicabile perché, ad esempio, obbligherebbe anche il produttore italiano, che volesse offrire sul nostro mercato un alimento ottenuto seguendo la ricetta di un prodotto noto come straniero e sotto la stessa denominazione perché non protetta, ad indicare la sua effettiva provenienza. Nel caso il prodotto interno avesse effettivamente caratteristiche merceologiche diverse dall'originale la sola indicazione della provenienza non basterebbe a informare il consumatore e occorrerebbe, ai sensi del successivo art. 5, n. 1, lett. b., inserire in etichetta ulteriori indicazioni descrittive del bene. Parte della dottrina è di contrario avviso: ritiene che il luogo cui fa riferimento la norma in discorso, o meglio l'art. 3, lett. m., del dlgo n. 109/92, può essere uno spazio più circoscritto rispetto al territorio di uno Stato, in ipotesi una regione. La circostanza è rilevante per determinare l'obiettivo finalità della norma, che perseguirebbe così la tutela d'aspettative

La risposta, ragionevolmente, non può essere data che caso per caso. L'art. 5, n. 1, lett. b., della direttiva n. 2000/13/Ce regola l'introduzione sul mercato di commercializzazione di prodotti importati, che presentano rilevanti differenze qualitative e che sono confondibili perché offerti sotto la stessa denominazione di vendita, legalmente spettante nello Stato d'origine. Se il consumatore del Paese di commercializzazione non è messo in grado dalle indicazioni contenute in etichetta di conoscere l'effettiva natura del prodotto e di distinguerlo da quelli con i quali potrebbe essere confuso, la denominazione di vendita deve essere integrata da altre informazioni descrittive¹⁵. Talvolta potrebbe bastare la sola indicazione dell'origine e provenienza del prodotto, ancorché sia difficile stabilire quando questa precisazione sia sufficiente¹⁶.

Non vi è dubbio, inoltre, che alimenti prodotti seguendo sostanzialmente la stessa ricetta possano presentare differenze meno evidenti per caratteristiche organolettiche, per sapore, per profumo od altro secondo la regione o, più difficilmente, lo Stato in cui sono ottenuti. Fatta eccezione per i prodotti destinati ad essere consumati freschi, che hanno ricevuto autonoma regolamentazione, le differenze qualitative dovute all'origine geografica possono consentire limitazioni alla libera circolazione delle merci soltanto quando siano comprovate¹⁷. Vi sono, tuttavia, prodotti considerati di pregio e noti per essere legati ad una zona geografica, in particolare per essere tipici o tradizionali di un luogo.

L'eccezione introdotta dalla norma in esame, che è posta a tutela della lealtà dei negozi commerciali e per la protezione dei consumatori, sembra rispondere alla necessità di distinguere alimenti noti ed affermati come originari di un determinato Paese da altri, che sono offerti sullo stesso mercato di commercializzazione, ma che sono con i primi confondibili portando identica denominazione. La dottrina indica come possibili esempi di applicazione della norma proprio alcuni tipi formaggi, che si sono affermati come prodotti di uno Stato e che, quando fossero preparati in un altro Paese, dovrebbero essere offerti al pubblico con la specificazione della loro effettiva origine o provenienza. Gli alimenti tipici o tradizionali, noti ma non tutelati sotto una deno-

diverse da quelle legate all'origine nazionale delle merci commercializzate nella Comunità. La disposizione, in quanto norma indistintamente applicabile, servirebbe esigenze anche di diritto interno ed avrebbe così sfera d'applicazione più vasta.

¹⁵ In casi eccezionali si può addirittura precludere l'uso della denominazione sul mercato di commercializzazione. Cfr. art. 5, n. 1, lett. c., della direttiva n. 2000/13/Ce. V. sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 298/87, *SA Smanor*, in *Raccolta*, 1988, p. 4489 e in questa *Rivista*, 1988, p. 382 ss. con commento di F. CAPELLI, "Yogourt francese e pasta italiana" (*Due sentenze e una proposta di soluzione*), 1988, p. 389 ss.

¹⁶ Si pensi alla pasta alimentare che in Italia non poteva essere preparata con farina di grano tenero. Non sarebbe certamente bastata l'indicazione dell'origine per marcare la differenza da quella italiana.

¹⁷ Il risultato è ottenuto con la protezione concessa alle denominazioni geografiche d'origine.

minazione geografica, sono imitati¹⁸. L'originale merita d'essere garantito anche quando la copia, che può legittimamente sfruttarne la notorietà perché la denominazione non è tutelata, regge il confronto sotto il profilo delle sue caratteristiche organolettiche. Altre ipotesi di applicazione della norma non sono in astratto da escludere, ma non è facile immaginare casi di confondibilità nei quali non rilevi la denominazione.

La Corte di giustizia non si è ancora pronunciata sull'interpretazione della norma in questione. Con sentenza emessa in materia non coperta da normativa armonizzata come la direttiva n. 2000/13/Ce, la Corte ha ritenuto che l'Irlanda, imponendo d'indicare la provenienza estera dei *souvenir* evocativi del Paese e commercializzati sul suo mercato nazionale, aveva emanato disciplina discriminatoria e non soltanto apparentemente discriminatoria perché giustificata dall'esigenza di non ingannare i turisti, sicuri di acquistare produzioni locali. Ha osservato, infatti, che la caratteristica essenziale dei *souvenir* in discorso era la loro capacità d'evocare l'immagine del luogo visitato, ma non di implicare la necessità di essere prodotti *in loco*. La sentenza, tuttavia, ha lasciato aperta la possibilità che, rilevando la «caratteristica essenziale» di ciascun prodotto, la decisione possa essere diversa rispetto ad altri beni, più caratterizzati nell'aspettativa dell'acquirente per il loro legame con un territorio. In particolare la Corte ha lasciato espressamente senza risposta la questione sollevata nel corso della vertenza dalla Commissione, secondo la quale per l'acquirente non è necessario sapere se un prodotto abbia o meno un'origine precisa, sempre che «detta origine non implichi una determinata qualità, particolari materie prime di base o un determinato procedimento di fabbricazione o, ancora, un certo ruolo nel folclore o nella tradizione della regione di cui trattasi (...)»¹⁹. Non dare rilievo alle ricordate esigenze d'informazione sembrerebbe escludere che la norma in esame possa avere una qualsiasi portata operativa.

Giuseppe Coscia

¹⁸ L'indicazione in etichetta dell'origine, per quanto non obbligatoria, non è tuttavia vietata. Gli imprenditori sono liberi di apporla perfino quando i loro prodotti hanno diritto di fregiarsi della DOP o di altre denominazioni geografiche, ma se vi provvedono, l'indicazione deve essere veritiera e nel rispetto di quanto dispone l'art. 2 della direttiva n. 2000/13/Ce.

¹⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1981 in causa n. 113/80, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 1981, p. 1625 e in *Foro Padano*, 1981, parte IV, p. 57 con commento di F. CAPELLI, *Variazioni in tema di applicazione dell'art. 30 del Trattato C.E.E.*

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

IL TRATTAMENTO DEI CITTADINI DI PAESI TERZI RESIDENTI DI LUNGO PERIODO IN UNO STATO MEMBRO

Direttiva n. 2003/109/Ce del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*

Il Consiglio dell'Unione europea,

visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 63, punti 3 e 4,

vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Parlamento europeo²,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo³,
visto il parere del Comitato delle regioni⁴,

(*Omissis*)

ha adottato la presente direttiva:

CAPO I - Disposizioni generali

Articolo 1 – Oggetto

Scopo della presente direttiva è stabilire:

* In *Gu-Ue* n. L 16 del 23 gennaio 2004, p. 44 ss., recepita nel nostro ordinamento con dlgo n. 3 dell'8 gennaio 2007, in *Guri* n. 24 del 30 gennaio 2007. Il testo integrale della direttiva è reperibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>. In argomento v. *infra*, p. 783 ss., il commento di FEDERICA MORRONE.

¹ *Guce* n. C 240 E del 28 agosto 2001, p. 79.

² *Guce* n. C 284 E del 21 novembre 2002, p. 102.

³ *Guce* n. C 36 dell'8 febbraio 2002, p. 59.

⁴ *Guce* n. 19 del 22 gennaio 2002, p. 18.

a. le norme sul conferimento e sulla revoca dello *status* di soggiornante di lungo periodo concesso da uno Stato membro ai cittadini di Paesi terzi legalmente soggiornanti nel suo territorio, nonché sui diritti connessi;

b. le norme sul soggiorno di cittadini di Paesi terzi in Stati membri diversi da quello in cui hanno ottenuto lo *status* di soggiornante di lungo periodo.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini della presente direttiva, si intende per:

a. «cittadino di paese terzo», chiunque non sia cittadino dell'Unione ai sensi dell'art. 17, par. 1 del Trattato;

b. «soggiornante di lungo periodo», il cittadino di paese terzo titolare dello *status* di soggiornante di lungo periodo di cui agli articoli da 4 a 7;

c. «primo Stato membro», lo Stato membro che ha conferito per primo lo *status* di soggiornante di lungo periodo al cittadino di paese terzo;

d. «secondo Stato membro», qualsiasi Stato membro, diverso da quello che per primo ha conferito lo *status* di soggiornante di lungo periodo al cittadino di paese terzo, nel cui territorio il soggiornante di lungo periodo esercita il diritto di soggiorno;

e. «familiari», i cittadini di Paesi terzi che soggiornano nello Stato membro interessato ai sensi della direttiva n. 2003/86/Ce del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare⁵;

f. «rifugiato», qualsiasi cittadino di paese terzo titolare dello *status* di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967;

g. «permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo», il titolo di soggiorno rilasciato dallo Stato membro interessato al momento dell'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

Articolo 3 - Campo di applicazione

1. La presente direttiva si applica ai cittadini di Paesi terzi soggiornanti legalmente nel territorio di uno Stato membro.

2. La presente direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi che:

a. soggiornano per motivi di studio o di formazione professionale;

b. sono autorizzati a soggiornare in uno Stato membro a titolo di protezione temporanea ovvero hanno chiesto l'autorizzazione al soggiorno a tale titolo e sono in attesa di una decisione sul loro *status*;

c. sono autorizzati a soggiornare in uno Stato membro in quanto beneficiano di forme sussidiarie di protezione, in base agli obblighi internazionali, alle legislazioni nazionali o alle prassi degli Stati membri, ovvero hanno chiesto l'autorizzazione al soggiorno a tale titolo e sono in attesa di una decisione sul loro *status*;

d. sono rifugiati o hanno chiesto il riconoscimento della qualità di rifugiato ma sono ancora in attesa di una decisione definitiva circa la loro domanda;

⁵ *Guce* n. L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12.

e. soggiornano unicamente per motivi di carattere temporaneo ad esempio in qualità di persone "alla pari", lavoratori stagionali, lavoratori distaccati da una società di servizi per la prestazione di servizi oltre frontiera o prestatori di servizi oltre frontiera o nei casi in cui il loro titolo di soggiorno è stato formalmente limitato;

f. godono di uno *status* giuridico previsto dalla convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, dalla convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, dalla convenzione del 1969 sulle missioni speciali o dalla convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale.

3. La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni più favorevoli contenute:

a. negli accordi bilaterali e multilaterali tra la Comunità, ovvero la Comunità e i suoi Stati membri, da una parte, e i Paesi terzi, dall'altra;

b. negli accordi bilaterali già conclusi tra uno Stato membro e un paese terzo prima dell'entrata in vigore della presente direttiva;

c. nella convenzione europea di stabilimento del 13 dicembre 1955, nella Carta sociale europea del 18 ottobre 1961, nella Carta sociale europea modificata del 3 maggio 1987 e nella convenzione europea relativa allo *status* giuridico del lavoratore migrante del 24 novembre 1977.

(*Omissis*)

L'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO INTRODUCE IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER I CITTADINI DEI PAESI TERZI RESIDENTI DI LUNGO PERIODO

La recente adozione del dlgo n. 3 dell'8 gennaio 2007, «Attuazione della direttiva n. 2003/109/Ce relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo»¹ introduce alcune importanti modifiche al Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (dlgo n. 286 del 25 luglio 1998², per come modificato dalla L. n. 189 del 30 luglio 2002³).

In particolare, la norma disciplina lo *status* di cittadini dei Paesi terzi residenti di lungo periodo sia nei casi in cui questi abbiano ottenuto il rilascio del permesso di soggiorno direttamente nel territorio italiano, sia nei casi in cui decidano di soggiornarvi pur avendo ottenuto il titolo di soggiorno CE in un al-

¹ In *Guri* n. 24 del 30 gennaio 2007.

² In *Guri* n. 191 del 18 agosto 1998, *suppl. ord.*

³ In *Guri* n. 199 del 26 agosto 2002, *suppl. ord.*

tro Stato membro, attribuendo loro taluni diritti che avvicinerrebbero tali soggetti ai cittadini dell'Unione europea. Appare pertanto opportuno riassumere la *ratio* ispiratrice del decreto e le più importanti disposizioni di dettaglio.

L'attuazione della normativa comunitaria ha comportato la modifica sostanziale della norma nazionale che disciplina le condizioni per il rilascio della c.d. «carta di soggiorno» (art. 9 TU), con il conseguente inserimento del «permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo» a tempo indeterminato, anche per coloro i quali siano già in possesso di un titolo «di soggiorno».

Il decreto prevede tra le condizioni per il rilascio del permesso ai «lungo soggiornanti»: il possesso di un permesso di soggiorno in corso di validità da almeno cinque anni⁴; la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale⁵ e di un alloggio idoneo⁶. Ai sensi del novellato art. 9.1, lo straniero in possesso dei suddetti requisiti potrà richiedere al questore un permesso di soggiorno di lungo periodo anche per i familiari che rispettino le condizioni previste dall'art. 29.1 in materia di ricongiungimento familiare.

La natura temporanea del soggiorno o la precaria situazione personale di alcuni soggetti sono tra le cause ostative al riconoscimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo. La sfera di applicazione della norma tende, infatti, ad escludere gli stranieri che soggiornano per motivi di studio o formazione professionale, a titolo di protezione temporanea o per motivi umanitari ovvero hanno chiesto il riconoscimento dello *status* di rifugiato e sono ancora in attesa di una decisione definitiva circa tale richiesta; che sono titolari di un permesso di soggiorno di breve durata; e che godono di uno *status* giuridico previsto dalla normativa internazionale pertinente⁷.

Il decreto attuativo prevede che agli stranieri ritenuti pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato non venga rilasciato il permesso di soggiorno di lungo periodo (art. 9.4) ed individua le cause che implicherebbero la revoca del suddetto⁸.

⁴ Si richiede che il soggiorno sia ininterrotto, tuttavia le assenze dal territorio dello Stato membro per periodi limitati, motivate dall'assolvimento degli obblighi militari o da gravi e comprovate ragioni di salute, non rientrano nel computo della durata della residenza (art. 9.6).

⁵ Nel caso di richiesta relativa ai familiari, viene richiesto un reddito sufficiente secondo quanto indicato nell'art. 29.3, lett. b. TU.

⁶ L'alloggio deve rientrare nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, e deve rispettare i requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda sanitaria locale competente per territorio.

⁷ In particolare, la Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, la Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, e la Convenzione del 1969 sulle missioni speciali o dalla convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale (art. 9.3).

⁸ Tra queste: l'acquisizione fraudolenta; l'emanazione di un provvedimento di espulsione nei termini previsti dal comma 9; l'assenza o il venir meno delle condizioni per il rilascio; l'assenza dal territorio dell'Unione per un periodo di dodici mesi consecutivi; il conferimento di permesso di soggiorno di lungo periodo da parte di altro Stato membro dell'Unione europea, previa comunicazione da parte di quest'ultimo, e comunque in caso di assenza dal territorio dello Stato per un periodo superiore a sei anni (art. 9.7).

La norma nazionale, inoltre, offre a coloro che hanno acquisito lo *status* di residenti di lungo periodo una particolare tutela da qualsiasi decisione di allontanamento, che potrà essere disposta solo in casi di particolare gravità⁹ ovvero sulla base di condizioni di natura personale del soggetto interessato¹⁰.

Un aspetto che merita particolare attenzione riguarda il riconoscimento dei diritti ai «lungo soggiornanti», che per certi aspetti sembrerebbe avvicinare sempre più questa nuova figura al cittadino europeo¹¹.

Se da un lato le garanzie offerte al «lungo soggiornante» appaiono maggiori rispetto a quelle che la precedente norma riconosceva al titolare di «carta di soggiorno» (art. 9.4 TU), dall'altro sul piano della conformità del decreto nazionale alla norma comunitaria, specie in materia di parità di trattamento, occorre notare che l'art. 11.1 della direttiva comunitaria riconosce espressamente una eguale tutela tra «lungo soggiornante» e cittadino nazionale in materia di condizioni di lavoro (licenziamento e retribuzione), istruzione e formazione professionale, riconoscimento dei diplomi o di altri titoli professionali, agevolazione fiscale, libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori e datori di lavoro, che non trova rispondenza nel testo del decreto attuativo. Tuttavia, la facoltà per gli Stati membri di limitare la parità di trattamento in alcuni settori ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo o il familiare abbia eletto dimora o risiede abitualmente sul suo territorio riconosciuta dall'art. 11.2 della direttiva, non basterebbe a spiegare un così evidente scarto tra le due previsioni normative.

⁹ Tale tipo di provvedimento potrà essere adottato nei confronti di uno straniero che operi al fine di porre in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato con l'esaltazione o la pratica della violenza; nei cui confronti vi siano fondati motivi per ritenere che la sua permanenza sul territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali; che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedito a traffici delittuosi o alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica; o che appartenga ad associazioni di tipo mafioso.

¹⁰ Rilevano, in questo caso, l'età dell'interessato, la durata del soggiorno sul territorio nazionale, le conseguenze dell'espulsione per sé ed i propri familiari, l'esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e l'assenza di tali vincoli con il Paese di origine.

¹¹ Al titolare del permesso di soggiorno CE, infatti, vengono riconosciute tutte le garanzie previste nei confronti degli stranieri regolarmente residenti dall'art. 2 TU, nonché il diritto di fare ingresso nel territorio nazionale in esenzione di visto e circolare liberamente sul territorio nazionale salvo quanto previsto dall'art. 6.6 TU; di svolgere sul territorio dello Stato ogni attività lavorativa subordinata o autonoma salvo quelle che la legge espressamente riserva al cittadino o vieta allo straniero (per lo svolgimento di attività di lavoro subordinato non è richiesta la stipula del contratto di soggiorno di cui all'art. 5-bis TU); di usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l'accesso alla procedura per l'ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica, salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale; ed infine, di partecipare alla vita pubblica locale, con le forme e nei limiti previsti dalla normativa nazionale (art. 9.12).

Per quanto riguarda il residente di lungo periodo che abbia ottenuto il permesso di soggiorno CE in un altro Stato membro¹², è importante rilevare che le disposizioni del decreto riconoscono a tale soggetto la possibilità di poter soggiornare sul territorio nazionale per un periodo superiore a tre mesi (art. 9-bis)¹³.

Anche con riguardo a tali individui, lo Stato conserva la facoltà di revoca per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza nazionale¹⁴.

Tra le cause ostative al rilascio di un permesso di soggiorno ai lungo soggiornanti provenienti da un altro Stato membro richiamate dalla direttiva comunitaria che, tuttavia, non trovano corrispondenza nel decreto in questione, vi è la minaccia per la salute pubblica¹⁵.

In ultima analisi, occorre sottolineare un altro aspetto di rilievo per il diritto comunitario che pare essere stato trascurato dalla norma nazionale di attuazione. La questione riguarda il trattamento che lo Stato è tenuto a riservare ai soggiornanti di lungo periodo provenienti da un altro Stato membro in termini di riconoscimento dei diritti. La direttiva comunitaria, in particolare, prevede (rinviando all'art. 11) che a seguito dell'acquisizione di un titolo di soggiorno nel secondo Stato, il lungo soggiornante goda dello stesso trattamento riservato ai cittadini nazionali in materia di accesso al lavoro, istruzione e formazione professionale, riconoscimento dei titoli professionali, agevolazione fiscale, libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori e datori di lavoro (art. 21). La direttiva, inoltre, rinvia alle norme sul ricongiungimento familiare¹⁶ per quanto riguarda il riconoscimento

¹² La normativa comunitaria e il relativo decreto italiano di attuazione, nel disciplinare lo *status* di tale categoria di soggetti, richiamano l'art. 63.4 TCE relativo alle misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri. Sull'evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione, si rinvia a G. LICASTRO, *Dalla cooperazione intergovernativa al Trattato costituzionale. L'evoluzione della politica comunitaria in materia di immigrazione*, in questa *Rivista*, 2006, p. 167 ss.

¹³ Il diritto di soggiorno potrà essere esercitato solo al fine di: svolgere un'attività economica in qualità di lavoratore subordinato o autonomo; frequentare corsi di studio o di formazione professionale; perseguire uno "scopo lecito" previa dimostrazione di essere in possesso di mezzi di sussistenza non occasionali e di un'assicurazione sanitaria per la durata del periodo di soggiorno. Ai familiari del residente di lungo periodo che siano in possesso di un valido titolo di soggiorno rilasciato dal primo Stato membro verrà rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di famiglia (ai sensi dell'art. 30 TU) sempre che abbiano risieduto in qualità di familiari del soggiornante di lungo periodo nel medesimo Stato membro.

¹⁴ Ogni eventuale provvedimento di espulsione verrà adottato, tenuto conto delle condizioni personali dell'interessato, verso lo Stato membro dell'UE che ha rilasciato il permesso di soggiorno o, nei casi indicati nell'art. 9-bis comma 7, sentito quest'ultimo l'allontanamento sarà effettuato fuori dal territorio dell'UE.

¹⁵ Le malattie che possono giustificare il diniego dell'ingresso o del diritto di soggiorno nel territorio del secondo Stato membro sono le malattie infettive o parassitarie contagiose che nel Paese ospitante formano oggetto di disposizioni che mirano a garantire una maggiore protezione per i cittadini nazionali (art. 18.2).

¹⁶ Direttiva n. 2003/86/Ce del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *Gu-Ue* n. L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12. L'Italia ha dato attuazione alla sud-

dei diritti dei familiari del lungo soggiornante che decidono di raggiungerlo nel secondo Stato membro (art. 21.3).

Per concludere, ci sembra di poter affermare che sotto certi aspetti il decreto attuativo appaia poco chiaro o, forse, soltanto poco garantista specie se si tiene conto della facoltà che ciascuno Stato membro ha di emanare disposizioni nazionali più favorevoli conformemente a quanto disposto dalla normativa comunitaria.

Tuttavia, non bisogna sottovalutare il carattere straordinariamente innovativo della norma specie in considerazione del fatto che, almeno limitatamente al nostro ordinamento, ciò ha comportato la modifica di una parte sostanziale della normativa vigente in materia di immigrazione. Viene, infatti, introdotto un nuovo titolo di soggiorno – «permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo» – che sostituisce la precedente «carta di soggiorno» ed identifica i cittadini dei Paesi terzi che abbiano rispettato i requisiti per il rilascio come «residenti di lungo periodo», con tutto ciò che comporta in termini di riconoscimento dei diritti su di un piano di parità con i cittadini nazionali ed europei presenti sul territorio italiano. Inoltre, la facoltà riconosciuta ai «soggiornanti di lungo periodo», che abbiano ottenuto il permesso di soggiorno in un altro Stato membro, di risiedere sul territorio nazionale alle condizioni previste dalla legge, rappresenta una forma moderata di "libera circolazione" all'interno del territorio dell'UE. Probabilmente, sarebbe troppo azzardato parlare di "una nuova cittadinanza" per i lungo soggiornanti, ma sicuramente non è un dato trascurabile l'intento dei diversi Stati membri di voler armonizzare le proprie legislazioni nazionali al fine di migliorare l'integrazione di tali soggetti.

Federica Morrone

DOCUMENTAZIONE

ARCHIVIAZIONE DELLA PROCEDURA DI INFRAZIONE CONTRO L'ITALIA CON RIFERIMENTO ALLA NORMATIVA APPLICABILE ALLE BANCHE POPOLARI COOPERATIVE

Dichiarazione del portavoce del Commissario europeo al mercato interno McCreevy, in data 15 dicembre 2006, sulla chiusura della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia con riferimento alla disciplina italiana sulle banche popolari cooperative*

«L'analisi dei servizi della Commissione ha portato a concludere che non c'è de jure e de facto alcuna situazione in cui le banche popolari italiane non stiano rispettando le regole europee».

CON RIFERIMENTO A TALE DICHIARAZIONE, L'ANSA HA EMESSO IL SEGUENTE COMUNICATO:

«La procedura d'infrazione avviata dalla Commissione Ue contro l'Italia sulle condizioni speciali concesse alle banche popolari italiane è stata chiusa questa settimana, ma il Commissario Ue al Mercato interno – Charlie McCreevy – continua a preferire il principio del voto per ogni azione a quello del voto capitaro: e su questo tema si attendono "passi formali" l'anno prossimo.

Come è noto, il principio del voto per ogni azione (cosiddetto "one share, one vote") è in diretto contrasto con quello del voto capitaro, che invece dà a ciascun socio il diritto a un solo voto indipendentemente dal numero di azioni possedute.

Interpellato oggi sulla posizione della Commissione europea in relazione al principio del voto per ogni azione (che offre "molti vantaggi", come sostiene McCreevy), il portavoce del Commissario Ue – Oliver Drewes – ha previsto che su questo

* In argomento v. *supra*, p. 643 ss., l'articolo di FAUSTO CAPELLI, *La disciplina applicabile in Italia alle banche popolari cooperative, alla luce delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di circolazione dei capitali*.

tema le prime decisioni arriveranno già l'anno prossimo. "Quale filosofia dovrebbe essere seguita sulla questione di un voto per ogni azione?" – si è chiesto Drewes –. "Questa è una questione oggetto di discussione", ha commentato. "Il Commissario McCreevy ha detto in passato di avere opinioni personali in merito – ha quindi ricordato –, ma l'intera questione è in fase di sviluppo e la Commissione sta lavorando su questo punto". Un lavoro, che dovrebbe dare i suoi frutti a breve: "Ci saranno ulteriori rapporti e analisi e qualche passo formale nel corso dell'anno prossimo – ha infatti sottolineato –, ma sul principio del voto per ogni azione non c'è ancora alcuna conclusione". Fatto sta, che in passato McCreevy si è sempre schierato a favore del voto per ogni azione: "Personalmente, vedo molti vantaggi in questo principio", ha dichiarato il Commissario l'anno scorso durante un convegno.

Quanto al dossier sulle banche popolari italiane, Drewes ha ammesso oggi che nell'ottobre del 2003 (quando è stata aperta la procedura da Bruxelles) la Commissione ha inviato all'Italia una lettera di "messa in mora" (primo passo della procedura d'infrazione) e non semplicemente (come sosteneva fino a ieri) una richiesta di informazioni».

(Omissis)

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 14-15 dicembre 2006*

1. La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una relazione del signor Josep Borrell, Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni. Il Consiglio europeo ringrazia il signor Borrell per il lavoro svolto durante il suo mandato di Presidente del Parlamento europeo.

2. Il Consiglio europeo esprime la sua viva soddisfazione per l'adesione della Bulgaria e della Romania quali membri dell'Unione europea al 1° gennaio 2007. L'adesione della Bulgaria e della Romania segnerà il completamento riuscito del quinto allargamento.

Il prosieguo della riforma: Trattato costituzionale

3. Come concordato dal Consiglio europeo nella riunione di giugno 2006, l'Unione ha seguito un duplice approccio. Ha incentrato la sua attenzione sul miglior utilizzo delle possibilità offerte dai trattati esistenti per produrre risultati concreti preparando nel contempo il terreno per il prosieguo della riforma. La presidenza ha fornito al Consiglio europeo una valutazione delle sue consultazioni con gli Stati membri per quanto riguarda il trattato costituzionale. I risultati di queste consultazioni saranno trasmessi alla presidenza tedesca entrante quale parte dei suoi lavori preparatori in vista della relazione che dovrà essere presentata nel primo semestre del 2007. Il Consiglio europeo ribadisce l'importanza di celebrare il 50° anniversario dei trattati di Roma al fine di confermare i valori del processo di integrazione europea.

I. Strategia di allargamento

4. Come convenuto dal Consiglio europeo del giugno 2006, e in base alla comunicazione della Commissione sulla strategia di allargamento nonché alla sua relazione speciale sulla capacità dell'Unione europea di accogliere nuovi Stati membri, il

* 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.).

Consiglio europeo ha tenuto un dibattito approfondito sul tema. Conviene che la strategia di allargamento, fondata su consolidamento, condizionalità e comunicazione, combinata con la capacità dell'UE di integrare nuovi membri, rappresenta la base di un rinnovato consenso sull'allargamento. L'Unione europea tiene fede ai suoi impegni nei confronti dei Paesi coinvolti nel processo di allargamento.

5. L'allargamento ha rappresentato un successo per l'Unione europea e per l'Europa nel suo complesso. Ha aiutato a sormontare le divisioni esistenti in Europa e contribuito alla pace e alla stabilità in tutto il continente. Ha ispirato riforme e ha consolidato principi comuni di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali nonché lo stato di diritto e l'economia di mercato. Il mercato interno più ampio e una maggiore cooperazione economica hanno accresciuto prosperità e competitività, consentendo all'Unione allargata di rispondere meglio alle sfide della globalizzazione. L'allargamento ha altresì conferito all'UE maggior peso e lo ha reso un *partner* internazionale più forte.

6. Per sostenere la capacità di integrazione dell'UE i Paesi aderenti devono essere pronti ad assumere pienamente gli obblighi dell'adesione all'Unione europea e all'altezza del compito, mentre l'Unione deve poter effettivamente funzionare e svilupparsi. Entrambi gli aspetti sono essenziali per ottenere l'appoggio ampio e continuo dei cittadini che dovrebbe altresì essere promosso con una trasparenza maggiore e una migliore comunicazione.

7. Il Consiglio europeo conferma che l'UE mantiene i suoi impegni riguardo ai negoziati di adesione in corso. Le norme rafforzate di recente che disciplinano il processo di adesione prevedono una condizionalità rigorosa in tutte le fasi di negoziato. Il Consiglio europeo conviene sui miglioramenti proposti dalla Commissione riguardo a gestione e qualità dei negoziati. Le questioni più delicate, quali le riforme amministrative e giudiziarie e la lotta alla corruzione, saranno pertanto affrontate nelle prime fasi. Inoltre i risultati del dialogo politico e di quello economico alimenteranno i negoziati di adesione. L'andamento del processo di adesione dipende dai risultati delle riforme attuate nel Paese che partecipa ai negoziati e ogni Paese sarà valutato in base ai suoi meriti. L'Unione eviterà di stabilire scadenze del processo di adesione fintantoché i negoziati non siano prossimi al completamento.

8. Il Consiglio europeo riafferma che il futuro dei Balcani occidentali è nell'Unione europea. Ribadisce che i progressi di ciascun Paese verso l'Unione europea dipendono dai suoi sforzi per ottemperare ai criteri di Copenaghen e alla condizionalità del processo di stabilizzazione e associazione. Un livello soddisfacente di adempimento degli obblighi assunti da un Paese nell'ambito degli accordi di stabilizzazione e di associazione, disposizioni commerciali comprese, costituisce per l'UE un criterio fondamentale in base al quale valutare qualsiasi domanda di adesione.

9. Il Consiglio europeo sottolinea quanto sia importante garantire che l'UE possa mantenere e rafforzare il suo sviluppo. Il ritmo di allargamento deve tenere conto della capacità dell'Unione europea di assorbire nuovi membri. Il Consiglio europeo invita la Commissione a fornire valutazioni di impatto in merito alle politiche cruciali nel parere della Commissione stessa sulla domanda di adesione dei singoli Paesi e nel corso dei negoziati di adesione. Con l'allargamento dell'Unione un'integrazione europea riuscita presuppone che le istituzioni dell'UE funzionino con efficienza e che le politiche dell'UE si sviluppino ulteriormente e siano finanziate in modo sostenibile.

Turchia (Omissis)

Croazia (Omissis)

Balcani occidentali (Omissis)

II. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

16. Il Consiglio europeo ha preso atto dell'attuazione del programma dell'Aia e ribadito l'impegno per l'ulteriore sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

17. In tale ambito il Consiglio europeo ha discusso della migrazione e del miglioramento del processo decisionale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

18. Il Consiglio europeo è consapevole che, creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'Unione europea è confrontata alle aspettative costanti e crescenti dei cittadini i quali desiderano risultati concreti in settori quali la criminalità e il terrorismo transnazionali nonché la migrazione. Nel contempo aumentano sempre più le preoccupazioni riguardo alla difficoltà di rispondere a queste aspettative avvalendosi delle attuali procedure decisionali.

19. Con queste premesse e nel contesto della revisione del programma dell'Aia, il Consiglio europeo, nelle conclusioni del giugno 2006, ha invitato la presidenza a esplorare, in stretta collaborazione con la Commissione, le possibilità di miglioramento del processo decisionale e dell'azione in materia di libertà, sicurezza e giustizia sulla base dei trattati vigenti.

20. Muovendo dall'analisi e dalla riflessione compiute, segnatamente nella riunione dei ministri della giustizia e degli affari interni tenutasi a Tampere in settembre, il Consiglio europeo ritiene innanzitutto che progressi concreti possano essere conseguiti intensificando la cooperazione operativa tra le autorità competenti degli Stati membri. Il Consiglio europeo invita il Consiglio a far progredire i lavori sulla scorta delle opzioni prospettate. Il Consiglio europeo è al tempo stesso persuaso che il quadro in cui perseguire le politiche dell'Unione volte a migliorare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia debba essere effettivamente rafforzato per far fronte alle sfide attuali. A tale proposito il Consiglio europeo riafferma i principi riconosciuti nell'ambito del processo di riforma dell'Unione. Essi rappresentano la base più equilibrata per i lavori futuri in ordine allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Allorché saranno adottate le decisioni sul prosieguo del processo di riforma si terrà conto di questi principi.

Una politica migratoria europea globale (Omissis)

Allargamento Schengen (Omissis)

Risposta alle crisi (Omissis)

III. Innovazione, energia e cambiamenti climatici

28. Come discusso nella riunione informale dei Capi di Stato o di Governo di Lahti, l'innovazione è cruciale ai fini della capacità europea di rispondere con effica-

cia alle sfide e alle opportunità della globalizzazione. L'Europa ha bisogno di un'impostazione strategica volta a creare un ambiente favorevole all'innovazione in cui la conoscenza sia convertita in prodotti e servizi innovativi. Il Consiglio «Competitività» ha definito delle priorità strategiche intese a stimolare l'innovazione nell'UE; nelle future riunioni del Consiglio europeo di primavera i progressi compiuti in termini di risultati verranno esaminati nel quadro della strategia di Lisbona. (*Omissis*)

IV. Relazioni esterne (*Omissis*)

ALLEGATO I

Dichiarazione sul processo di pace in Medio oriente (*Omissis*)

ALLEGATO II

Dichiarazione sul Libano (*Omissis*)

ALLEGATO III

Dichiarazione sull'Iran (*Omissis*)

ALLEGATO IV

Dichiarazione sull'Afghanistan (*Omissis*)

ALLEGATO V

Dichiarazione sulle questioni africane (*Omissis*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LE DISCRIMINAZIONI A ROVESCIO

Sommario: **1.** *Nozione* - **2.** *Le discriminazioni a rovescio e la Corte costituzionale: le sentenze n. 249/1995 e n. 61/1996* - **2.1** *Segue: La sentenza n. 443/1997* - **3.** *La giurisprudenza della Corte di giustizia: le sentenze Steen I e Steen II* - **3.1** *Segue: Le sentenze Pistre e a. e Angonese* - **3.1.2** *Segue: La sentenza Guimont* - **4.** *La legge n. 62 del 18 aprile 2005 (art. 2, par. 1, lett. h.)* - **5.** *Conclusioni.*

1. Nozione

Secondo la definizione fornita dalla Corte costituzionale italiana, sono *discriminazioni a rovescio* quelle «situazioni di disparità in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese, che si verificano come effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario»¹.

Il qualificativo «a rovescio» indica, appunto, che il trattamento normativo di sfavore colpisce non gli stranieri, ma i cittadini dello Stato².

Il fenomeno delle discriminazioni a rovescio sorge in presenza di due condizioni cumulative: una relativa ai limiti dell'ambito materiale o personale di efficacia del diritto comunitario, l'altra relativa al contenuto delle norme comunitarie applicabili alla fattispecie.

Per quanto riguarda il primo profilo, deve trattarsi di fattispecie caratterizzate da elementi di transnazionalità, cioè l'attività o i beni interessati dal

¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 443 del 30 dicembre 1997, punto 5 della motivazione, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3904 ss.

² La discriminazione non è fondata direttamente sulla nazionalità in quanto anche i cittadini dello Stato territoriale possono godere del trattamento più favorevole garantito dalle norme comunitarie, qualora si trovino in una situazione rilevante per l'applicazione di queste. Tuttavia, la nazionalità può essere presa in considerazione dalle norme comunitarie al fine di delimitare l'ambito di applicazione della propria disciplina. Cfr. sul punto E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni "a rovescio"*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 352.

rapporto giuridico devono aver avuto un contatto con il territorio di due o più Stati membri.

In secondo luogo, le norme comunitarie devono avere un contenuto normativo autonomo. Così, ad esempio, l'art. 48 (ora art. 39) del Trattato prevede «l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro»³.

La disparità di trattamento, che è alla base della discriminazione in questione, deriva dall'esistenza di norme comunitarie e norme interne aventi un diverso contenuto materiale in ragione del diverso sistema di finalità al quale rispettivamente si ispirano⁴.

Mentre, infatti, l'ordinamento comunitario si propone di perseguire le esigenze della libera concorrenza e del mercato unico, quello statale mira a garantire la complessiva coerenza e ragionevolezza delle scelte del legislatore, ivi comprese quelle che si risolvono in discipline differenziate per le categorie più svantaggiate⁵.

Esempi di discriminazioni a rovescio sono le vicende relative all'aceto di vino italiano⁶, alla birra tedesca⁷, al gin⁸, al formaggio olandese⁹, alla pasta italiana¹⁰, allo yogurt francese¹¹, e, da ultimo, al cioccolato¹².

³ Cfr. S. AMADEO - G. P. DOLSO, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1225 ss.

⁴ Si tratta, quindi, di un problema di intersezione fra sfere di competenze affidate alla Comunità e sfere di competenze degli Stati membri.

⁵ Così osserva F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", *La Corte e le Corti*, Caltanaro, 2002, su www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 29 ss.

⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1981 in causa n. 193/80, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1981, p. 3019 ss. e in questa *Rivista*, 1981, p. 559 con commento di F. CAPELLI, *I malintesi derivanti dalla sentenza sul Cassis de Dijon*, p. 566.

⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 1987 in causa n. 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1987, p. 1227 ss. e in questa *Rivista*, 1987, p. 725 con commento di F. CAPELLI, *Libertà di circolazione delle merci nella Cee e legge tedesca di purezza della birra*, p. 736.

⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1985 in causa n. 182/84, *Miro*, in *Raccolta*, 1985, p. 3731 ss.

⁹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 22 settembre 1988 in causa n. 286/86, *Ministère public c. Deserbais*, in *Raccolta*, 1988, 4907 ss. nonché del 5 dicembre 2000 in causa n. C-448/98, *Guimont*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10663 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 70.

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 407/85, *Glocken e a. c. USL Centro-Sud*, in *Raccolta*, 1988, p. 4233 e in questa *Rivista*, 1988, p. 377.

¹¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1988 in causa n. 298/87, *Smanor*, in *Raccolta*, 1988, p. 4489 ss. La Corte europea ha ritenuto incompatibile con l'art. 30 del Trattato la normativa francese che impone la presenza di una data quantità minima di fermenti lattici vivi nello yogurt. F. CAPELLI, *"Yogourt francese e pasta italiana" (due sentenze e una proposta di soluzione)*, in questa *Rivista*, 1988, p. 389 ss., evidenzia una anomalia della sentenza in esame rispetto al tradizionale orientamento giurisprudenziale.

¹² Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003 in causa n. C-12/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 459 e, in pari data, in causa n. C-14/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 513. La Spagna e l'Italia sono state condannate per aver vietato la commer-

In tutti questi casi, la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che, in primo luogo, gli unici ostacoli ammessi alla libera circolazione delle merci all'interno della Comunità europea sono quelli che rispondono «ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori»¹³. In secondo luogo, che «qualunque prodotto fabbricato all'interno di un Paese membro, secondo le regole vigenti in detto Paese, deve poter liberamente circolare in tutti gli altri Paesi membri, indipendentemente dalla regolamentazione esistente nel Paese di destinazione»¹⁴.

Proprio l'applicazione, a livello del singolo Stato membro, del principio del *mutuo riconoscimento* sancito dalla Corte, ha comportato il verificarsi di situazioni svantaggiose, e quindi discriminatorie, per i produttori nazionali, costretti ad applicare una disciplina più restrittiva di quella prevista negli altri Stati membri per la produzione dello stesso tipo di bene¹⁵.

Dal punto di vista degli organi comunitari, la discriminazione a rovescio si giustifica nella «economia generale del Trattato, che si fonda sull'attuazione di norme destinate ad impedire agli Stati membri di discriminare i cittadini degli altri Stati membri, lasciando a ciascuno di essi il compito di tutelare i propri cittadini»¹⁶.

cializzazione con la denominazione «cioccolato» a prodotti contenenti sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao. La Corte ha, infatti, stabilito che, ai sensi della direttiva n. 73/241/Cee (Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana) «l'elemento caratteristico di qualsiasi prodotto recante la denominazione "cioccolato" risiede nella presenza di taluni contenuti minimi di cacao e di burro di cacao. L'aggiunta di sostanze grasse vegetali non ha l'effetto di modificare sostanzialmente la natura di tali prodotti. Di conseguenza, un'etichettatura adeguata, che informa della presenza di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, sarebbe sufficiente per garantire l'informazione e, quindi, la tutela dei consumatori».

¹³ Sia la "dottrina" della Commissione (direttiva n. 70/50/Cee, «Soppressione delle misure di effetto equivalente», 22 dicembre 1969, in *Guce* n. 13 del 19 gennaio 1970, p. 35 ss.) sia la giurisprudenza della Corte hanno inteso favorire la massima applicazione dell'art. 30 del Trattato, che impedisce agli Stati membri di porre in essere restrizioni quantitative alle importazioni nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. Per un confronto fra la dottrina della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo*, Torino, Utet, 1990.

¹⁴ È questo il *principio del mutuo riconoscimento* delle legislazioni nazionali, sancito dalla Corte nella celebre sentenza sul *Cassis de Dijon* (sentenza del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Raccolta*, 1979, p. 649: la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità alle norme del Trattato dell'imposizione, da parte del Governo tedesco, della gradazione alcolica minima dei liquori posti in vendita, il che non permetteva la vendita del liquore francese *Cassis* avente una gradazione inferiore al minimo. L'orientamento assunto dalla Corte in tale decisione è stato costantemente riaffermato e sviluppato in diverse statuizioni successive, tanto che qualche Autore ha parlato di «giurisprudenza del Cassis». Così A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo*, cit. *supra*, nota 13, p. 267).

¹⁵ Cfr. F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 5.

¹⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1986 in causa n. 355/85, *Cognet*, in *Raccolta*, 1986, p. 3231.

Ciò significa che il diritto comunitario, in assenza di una disciplina comunitaria di armonizzazione tra le legislazioni, non si preoccupa tanto di tutelare i soggetti che appartengono a ciascun ordinamento nazionale, quanto quelli che, provenendo da altri Stati membri, intendano accedere al mercato interno di un altro Stato¹⁷.

Di conseguenza, spetta allo Stato intervenire per eliminare possibili discriminazioni a danno dei propri cittadini. E, in effetti, questo è quello che la Corte costituzionale si è trovata, più volte, a dover fare.

2. Le discriminazioni a rovescio e la Corte costituzionale: le sentenze n. 249/1995 e n. 61/1996

Esaminando la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di discriminazioni a rovescio vengono in rilievo, in particolare, le sentenze n. 249 del 1995, sui lettori di lingua straniera¹⁸; n. 61 del 1996, sui procuratori legali¹⁹; n. 443 del 1997, sulla pasta²⁰.

Mentre, però, nei primi due casi la Corte è riuscita a non affrontare direttamente il problema delle discriminazioni alla rovescia, nel terzo non ha potuto evitarlo.

Nella sentenza n. 249/1995 la questione sottoposta alla Corte riguardava la disciplina del rapporto di lavoro dei lettori universitari di madrelingua straniera. Della questione si erano già occupate sia la Consulta, con la sentenza n. 55 del 1989²¹, sia la Corte di giustizia che l'aveva ritenuta in contrasto con l'art. 48 (ora art. 39) del Trattato perché, stabilendo che il contratto di lavoro dei lettori universitari fosse a tempo determinato, poneva in essere una discriminazione indiretta ai danni dei lavoratori cittadini di Stati membri diversi dall'Italia, essendo per lo più questi ultimi ad essere assunti dalle Università italiane²².

¹⁷ Cfr. G. GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci, principio di uguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario e interno*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 922.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 249 del 16 giugno 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1827 ss.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 61 del 28 febbraio 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 419 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 443/97, *cit. supra*, nota 1.

²¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 55 del 23 febbraio 1989, in *Giur. cost.*, 1989, p. 309 ss.: in tale occasione la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità del limite massimo di cinque anni posto alla possibilità di rinnovo annuale del contratto.

²² Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 30 maggio 1988 in causa n. 33/88, *Alluè e altri*, in *Raccolta*, 1989, p. 1591 ss. e del 2 agosto 1993 in cause riunite n. C-259/91, n. C-331 e n. 332/91, *Alluè e a. c. Università degli Studi di Venezia e a.*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4309 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 630. La Corte di giustizia aveva sostenuto che le proprie statuizioni in materia di lettori comunitari si dovevano applicare, in ciascun Paese, anche ai lettori aventi la cittadinanza del Paese dove operavano. In tal caso, la situazione non poteva definirsi puramente interna dato che sussisteva un elemento di collegamento con la situazione rilevante nel diritto comunitario, consistente, in particolare, nel tipo di attività svolta dagli insegnanti in questione. In linea con queste decisioni si pone anche la sentenza della Corte di giustizia del 20 ottobre 1993 in causa n. C-272/92, *Spotti*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5185 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 631, relativa alla disciplina del contratto di lavoro dei lettori di madrelingua straniera vigente in Germania.

Nel caso in esame, la Corte costituzionale non solo ha invocato la sentenza comunitaria adesivamente, ma si è spinta fino ad interpretarne la portata, estendendone l'applicazione «a tutti i lettori di lingua straniera quale che sia lo Stato di appartenenza» compresi i lettori extracomunitari e quelli italiani, sulla base del fatto che «la connessione della situazione interna con una situazione contemplata dal diritto comunitario sussiste anche nell'ipotesi di identità, per contenuto e funzione, della situazione interna a una situazione rilevante per il diritto comunitario in quanto determinata, nel territorio dello Stato italiano, dall'esercizio del diritto di libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità»²³. Oggetto dell'operazione interpretativa della Corte è stata, pertanto, l'estensione della disciplina comunitaria, imperniata principalmente su di una regola di non discriminazione posta a tutela dei soggetti comunitari, alle situazioni interne²⁴.

Con la sentenza n. 61/1996, invece, la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Pretore di Monza sull'art. 5 del r.d. n. 1578 del 27 novembre 1933, rilevando che la presunta discriminazione tra i procuratori legali italiani e gli avvocati comunitari, dovuta alla limitazione territoriale dell'attività dei primi e non dei secondi²⁵, in realtà non sussisteva a causa della non omogeneità delle situazioni poste a confronto²⁶. Il giudice costituzionale ha, quindi, ritenuto razionalmente giustificata la diversità di disciplina, dato il carattere della "temporalità" proprio della prestazione dell'avvocato comunitario²⁷.

²³ A questa decisione della Corte costituzionale hanno fatto seguito altre sentenze della Corte di giustizia adita da alcuni lettori di madrelingua straniera che hanno contestato alla Repubblica italiana il fatto che, nonostante la giurisprudenza comunitaria e la riforma dell'insegnamento delle lingue straniere nelle università italiane, la situazione di discriminazione nei loro confronti non sarebbe cessata. Cfr. sentenza del 20 novembre 1997 in causa n. C-90/96, *Petrie e altri*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6527 ss., in materia di accesso retribuito dei lettori di lingua straniera agli affidamenti e alle supplenze universitarie e sentenza del 26 giugno 2001 in causa n. C-212/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4923 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 516, sul riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori universitari.

²⁴ Tale schema logico, consistente nell'estensione della disciplina comunitaria anche alle situazioni prive, per il diritto comunitario, di elementi di transnazionalità, verrà utilizzato dalla Corte anche nella sentenza n. 443/1997.

²⁵ Mentre il primo può esercitare il ministero difensivo solo davanti al distretto della Corte di appello al cui albo è iscritto, pena la nullità dell'attività processuale svolta, il secondo può esercitare lo stesso ministero in qualsiasi distretto della Corte di appello.

²⁶ La Corte non ha riscontrato, infatti, una corrispondenza sostanziale tra l'attività dei «procuratori legali» italiani e quella degli «avvocati» comunitari. In maniera analoga nell'ordinanza n. 163 del 7 maggio 2002 su www.giurcost.org, la Corte ha dichiarato la questione manifestamente infondata per l'impossibilità di comparare la posizione giuridica dei praticanti con quella degli avvocati italiani o degli avvocati provenienti da altro Stato comunitario.

²⁷ Cfr. A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle "discriminazioni a rovescio": una resa al diritto comunitario?*, in *Giur. cost.*, 1998, n. 1, p. 293.

2.1 Segue: *La sentenza n. 443/1997*

È solo con la sentenza n. 443/1997 che la Corte ha affrontato esplicitamente il problema delle discriminazioni alla rovescia dando una precisa indicazione su quale debba essere l'atteggiamento dell'ordinamento italiano al riguardo²⁸.

La disposizione sospettata di illegittimità costituzionale²⁹ era l'art. 30 della legge n. 580 del 4 luglio 1967, nella parte in cui consentiva la produzione di paste alimentari secche speciali, ma la vincolava all'impiego esclusivo degli ingredienti indicati o autorizzati con decreto del Ministro della sanità di concerto con i ministri competenti, allo scopo evidente di proteggere le caratteristiche qualitative della tradizione alimentare del nostro Paese.

Di conseguenza, i produttori italiani, che avessero voluto mettere in commercio il loro prodotto sul territorio nazionale, avrebbero dovuto farlo secondo lo *standard* previsto dalle legge n. 580/1967. Non incorrevano in tale limitazione le imprese italiane importatrici e le imprese italiane esportatrici³⁰. Inoltre, in virtù del principio del *mutuo riconoscimento*, i vincoli alla produzione non potevano trovare applicazione nei confronti dei produttori e degli importatori di paste alimentari degli altri Stati membri, i quali potevano introdurre e commer-

²⁸ La Corte, in sostanza, afferma che le discriminazioni che derivano alle imprese nazionali come conseguenza dell'applicazione, nell'ordinamento interno, del diritto comunitario, non soltanto sono per essa rilevanti, ma provocano una violazione del principio costituzionale di eguaglianza che deve essere eliminata. Per la Corte, infatti, «ogni limitazione imposta dalla legislazione nazionale alla fabbricazione e alla commercializzazione delle paste alimentari nel territorio italiano, che non rinverga nel Trattato o, più in generale, nel diritto comunitario, il proprio fondamento giustificativo, così da poter essere applicata egualmente nei confronti di tutta la produzione commercializzata in Italia, si risolve in uno svantaggio competitivo e, in ultima analisi, in una vera e propria discriminazione in danno delle imprese nazionali» (sentenza n. 443/1997, punto 4 della motivazione). Cfr. sul punto F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit. *supra*, nota 5, p. 32.

²⁹ Il giudizio di legittimità costituzionale era stato promosso con tre ordinanze emesse il 15 giugno 1996 dal pretore di Pordenone, rispettivamente iscritte ai numeri 960, 961, 1145 del reg. ord. e pubblicate nella *Guri*, I Serie speciale, n. 40 del 2 febbraio 1996 e n. 43 del 23 ottobre 1996, in riferimento agli artt. 28, 30, 31 e 36 della legge n. 580 del 4 luglio 1967 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari), nel corso di un giudizio di opposizione avverso ordinanza-ingiunzione emessa nei confronti del legale rappresentante di un pastificio, per aver prodotto e commercializzato pasta alimentare secca contenente ingredienti non consentiti dalle vigenti disposizioni di legge. Così C. TRIPODINA, *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario e tutela delle tradizioni alimentari dei Paesi membri: un caso di discriminazione a rovescio*, in *Giur. it.*, 1998, p. 2092.

³⁰ In pratica, si verificava una duplice disparità di trattamento: innanzitutto, tra il produttore italiano e l'importatore italiano dello stesso prodotto, perché al primo era vietato produrre e vendere sul mercato interno pasta contenente ingredienti non autorizzati, mentre il secondo poteva introdurre e commercializzare sullo stesso mercato pasta realizzata con ingredienti anche diversi, secondo le regole del Paese di origine; in secondo luogo, tra il produttore italiano che destinava l'alimento al mercato interno (fattispecie vietata) e il produttore che, invece, lo destinava all'esportazione (fattispecie legittima). Cfr. sul punto S. NINATTI, *"La sola alternativa praticabile": eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 221.

cializzare nel territorio italiano pasta secca, prodotta all'estero, utilizzando ingredienti vietati dalla legislazione italiana ma conformi alle leggi nazionali³¹.

Investita della questione, la Corte risponde con una sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge n. 580/1967 «nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea».

Con specifico riguardo al fenomeno delle discriminazioni alla rovescia, il giudice costituzionale, quasi con una nota di recriminazione, riconosce che all'interno del nostro ordinamento è ammesso «o meglio non può essere impedito» che prodotti non conformi alla legge italiana trovino legittimamente posto sul mercato accanto a quelli consentiti dalla legge³².

Di conseguenza, il discorso si sposta nell'ambito del diritto nazionale.

Dal momento che non si può intervenire sulla normativa comunitaria, perché il primato del diritto comunitario sul diritto interno non consente di assoggettare gli importatori alla normativa nazionale, per rimuovere la discriminazione è necessario intervenire sulla legislazione interna.

Significativo al riguardo è il giudizio di uguaglianza operato dalla Corte nella sentenza in esame. Come è noto, tale tipo di sindacato si compone di tre elementi³³: oltre, infatti, alla norma oggetto del giudizio e al parametro costituzionale, costituito dall'art. 3 Cost., la Corte richiede l'indicazione di un ulteriore elemento, detto *tertium comparationis*, che consiste nella norma alla stregua della quale si lamenta una disparità di trattamento.

In questo caso, tuttavia, il *tertium* è di difficile identificazione. Non esiste, infatti, una norma specifica che riguarda la produzione di pasta nei Paesi comunitari diversi dall'Italia. Ciononostante, è comunque possibile ricavare un regime cui i produttori con stabilimenti in Paesi diversi dall'Italia sono soggetti.

Tale regime è dato dall'assenza di una specifica disciplina loro applicabile: in altre parole, la presenza dell'art. 30 (ora art. 28) del Trattato comporta che questi produttori non siano assoggettabili al rispetto della normativa interna la quale, non perseguendo le finalità di cui all'art. 36 (ora art. 30) del Trattato, può applicarsi solo ai produttori stabiliti sul territorio nazionale³⁴.

³¹ Cfr. C. TRIPODINA, *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario*, cit. supra, nota 29, p. 2094.

³² Come, infatti, la stessa Corte osserva, «un eventuale atteggiamento di tolleranza nei confronti delle "discriminazioni a rovescio" rientrerebbe, per il diritto comunitario, tra le scelte consentite agli Stati membri, interamente rimesse alla loro libera autodeterminazione di Stati sovrani» (punto 5).

³³ Sul punto cfr. anche G. GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci*, cit. supra, nota 17, p. 3924.

³⁴ Nella sentenza del 14 luglio 1988 in causa n. 90/86, *Procedimento penale a carico di Zoni*, in *Raccolta*, 1988, p. 4285, la Corte di giustizia riconosce che la normativa italiana non persegue

Si tratta, come è stato osservato, di un giudizio di uguaglianza anomalo, la cui novità risiede nella particolarità del *tertium comparationis*, che viene a definire una possibile situazione di privilegio da parte di una normativa straniera in conseguenza dell'applicazione congiunta del parametro costituzionale interno (principio di uguaglianza) e del parametro comunitario (libera circolazione delle merci)³⁵.

Alla luce di ciò, la Corte afferma che «la sola alternativa praticabile dal legislatore – in assenza di altre ragioni giustificatrici costituzionalmente fondate – è l'equiparazione della disciplina della produzione delle imprese nazionali alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistono vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese».

La censura verso ogni forma di tolleranza delle discriminazioni a rovescio si sviluppa fino ad assumere una portata generale. La Corte conclude, infatti, che il principio di non discriminazione «opera, nella diversità delle discipline nazionali, come istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti nel Trattato agli artt. 30 e seguenti; opera, quindi, nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate da oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria: il che equivale a dire che nel giudizio di uguaglianza non possono essere ignorati gli effetti discriminatori che l'applicazione del diritto comunitario è suscettibile di provocare»³⁶.

A ben vedere, come opportunamente evidenziato³⁷, dal punto di vista del diritto costituzionale italiano, la discriminazione alla rovescia è legittima.

Non c'è contrasto con l'art. 3 della Costituzione, che vieta ogni forma di discriminazione tra i cittadini, perché il differente trattamento riservato dalle legge italiana n. 580/1967 ai produttori di pasta alimentare è collegato esclusivamente all'ubicazione dell'opificio di produzione (che deve essere in territorio italiano) e al mercato di vendita della pasta alimentare (che deve essere quello italiano). Sia gli operatori di nazionalità italiana sia quelli comunitari,

finalità di salute pubblica né è giustificata da esigenze imperative inerenti alla lealtà dei negozi commerciali. Cfr. S. AMADEO - G. P. DOLSO, *La Corte costituzionale*, cit. supra, nota 3, p. 1252.

³⁵ Il legislatore interno dovrà giustificare non perché ha trattato una situazione in un modo e una in un altro, ma perché ha mantenuto, nel proprio ordinamento, una normativa di sfavore rispetto a quella comunitaria più favorevole. Cfr. sul punto S. NINATTI, *"La sola alternativa praticabile"*, cit. supra, nota 30, p. 223.

³⁶ Cfr. A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle "discriminazioni a rovescio"*, cit. supra, nota 27, p. 292 ss. L'A. individua il "cuore" della pronuncia nella tutela della concorrenza. A suo avviso, il fatto che la Corte si sia espressa con una additiva e non con una mera pronuncia di accoglimento consente di leggere la sentenza n. 443/1997 in una duplice ottica: quella dell'applicazione peculiare del principio di uguaglianza, che assume un nuovo ruolo nel processo di integrazione tra diritto interno e diritto europeo e, quella di una lettura dell'art. 41 Cost. che pare recepire la concorrenza come principio costituzionalmente protetto.

³⁷ Cfr. F. CAPELLI, *È legittima "la discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa Rivista, 1994, p. 421 ss.

ricorrendo le condizioni previste, sono tenuti ad osservare le prescrizioni della legge italiana³⁸.

Allo stesso modo, non c'è contrasto con l'art. 41 della Costituzione.

La misura restrittiva, in quanto finalizzata a tutelare la qualità di un prodotto, attraverso la fissazione di *standard* qualitativi superiori a quelli imposti dagli altri Stati membri, ben si concilia con il principio della libertà dell'iniziativa economica privata. E, d'altra parte, «indirizzare e coordinare l'attività economica a fini sociali» significa anche imporre regole destinate a rendere possibile il successo commerciale di un determinato prodotto e dell'attività economica relativa.

Del resto, è universalmente riconosciuto che proprio l'osservanza scrupolosa dell'obbligo di utilizzare soltanto grano duro come materia prima nella fabbricazione della pasta, ha fatto della pasta italiana il simbolo della produzione alimentare di qualità nel mondo³⁹.

Infine, anche considerando l'aspetto economico della discriminazione, non si può che negare qualsiasi contrasto con le disposizioni costituzionali.

A seguito dell'istituzione della cittadinanza dell'Unione (art. 8 del Trattato di Maastricht), l'Italia ha esteso la qualifica di «cittadino» anche ai cittadini degli altri Stati membri, con riferimento agli obblighi e ai diritti di natura economica derivanti dalla regolamentazione comunitaria applicabile. In sostanza, quindi, l'ubicazione dello stabilimento di produzione all'interno del territorio italiano con lo scopo di fabbricare un prodotto destinato al mercato italiano determina l'osservanza dell'obbligo. Nessun'altra condizione legata, direttamente o indirettamente, alla nazionalità o alla cittadinanza viene imposta ai cittadini italiani o comunitari⁴⁰.

Esaminando la questione dal punto di vista del diritto comunitario si arriva a conclusioni non dissimili.

Se uno Stato membro ritiene che per meglio tutelare la qualità della pasta prodotta e venduta all'interno del proprio mercato sia indispensabile impiegare esclusivamente il grano duro, è senz'altro legittimato ad imporre l'osservanza di tale regola in modo vincolante per tutti gli operatori situati sul suo territorio⁴¹.

³⁸ Cfr. F. CAPELLI, *È legittima "la discriminazione alla rovescia"*, cit. supra, nota 37, p. 427.

³⁹ Da questo punto di vista, la scelta del legislatore interno di mantenere una normativa diversa da quella comunitaria poteva avere una sua ragion d'essere: infatti, una volta riconosciuto dal mercato la diversa e migliore qualità del prodotto in considerazione, si sarebbe potuto supporre un eventuale riequilibrio dello svantaggio competitivo provocato dalla disparità della normativa interna con quella comunitaria. Cfr. sul punto S. NINATTI, *"La sola alternativa praticabile"*, cit. supra, nota 30, p. 224.

⁴⁰ Cfr. F. CAPELLI, *È legittima "la discriminazione alla rovescia"*, loc. cit., p. 426 ss.

⁴¹ A favore di tale motivazione si era, peraltro, già espressa la Corte di giustizia nella sentenza del 7 febbraio 1984 in causa n. 237/82, *Jongeneel Kaas*, in *Raccolta*, 1984, p. 483 ss.: «Uno Stato membro può adottare unilateralmente, onde promuovere la vendita di formaggi e di prodotti a base di formaggi, una normativa concernente la qualità dei formaggi prodotti nel proprio territorio e che comprenda il divieto di produrre formaggi diversi da quelli tassativamente enumerati». Cfr. F. CAPELLI, *È legittima "la discriminazione alla rovescia"*, loc. ult. cit., p. 423.

La Corte di giustizia, infatti, ha più volte ribadito l'assoluta libertà dei singoli Stati membri di regolare unilateralmente le modalità di fabbricazione dei prodotti alimentari tradizionali nei limiti degli obblighi comunitari, senza imporre la necessità di abrogare le normative non applicabili alle imprese comunitarie perché in contrasto con il principio della libera circolazione⁴².

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia: le sentenze *Steen I* e *Steen II*

Da parte sua, la Corte di giustizia, adita più volte per porre rimedio a situazioni di discriminazione a rovescio, ha sempre negato di poter intervenire, sostenendo l'irrilevanza comunitaria di tutte quelle situazioni che non hanno alcun nesso con il diritto comunitario e i cui elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro⁴³.

Nonostante, infatti, i lodevoli sforzi degli autori⁴⁴ che hanno tentato di ricostruire le discriminazioni alla rovescia come un fenomeno di rilevanza comunitaria, sia indiretta, attraverso l'operare dell'art. 5 del Trattato CE, sia diretta, attraverso la sua riconduzione ad un principio generale di non discriminazione o alla norma primaria che vieta le discriminazioni sulla base della nazionalità, la Corte ha ripetutamente escluso che il diritto comunitario, scritto o di derivazione giurisprudenziale, contenesse un fondamento giuridico appropriato per censurare, in modo accentrato e uniforme, simili disparità di trattamento⁴⁵.

Ad esempio, in materia di libera circolazione delle merci e in risposta allo specifico quesito pregiudiziale «se l'obbligo imposto ai soli preparatori belgi, con esclusione dei loro concorrenti di altri Stati membri, di indicare il loro nome e il loro indirizzo sulla confezione del burro sia compatibile con l'art. 30» (ora art. 28) del Trattato, la Corte ha, innanzitutto, esteso i parametri del giudizio «ad eventuali altre disposizioni del Trattato o a un principio generale di diritto comunitario»; in secondo luogo ha ristretto il raggio d'azione dell'art. 30 (ora art. 28), cioè del divieto di restrizioni all'importazione di prodotti da altri Stati membri, alle sole misure aventi nel caso concreto incidenza effettiva sulle importazioni; infine, ha espressamente negato che il principio generale di non discriminazione basato sulla nazionalità comportasse che discriminazioni a rovescio rientrassero nell'ambito di applicazione del diritto comunitario⁴⁶.

⁴² Cfr. A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle "discriminazioni a rovescio"*, cit. supra, nota 27, p. 292.

⁴³ Cfr. F. CASTALDI, *Rapporti fra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia anche alla luce della Costituzione europea*, su www.dbi.it.

⁴⁴ Cfr. E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie*, cit. supra, nota 2, p. 362 ss. e C. PINELLI, *Adeguamento del diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3915 ss.

⁴⁵ Sul punto cfr. S. AMADEO - G. P. DOLSO, *La Corte costituzionale*, cit. supra, nota 3, p. 1232.

⁴⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 febbraio 1987 in causa n. 98/86, *Mathot*, in *Rac-*

Questo orientamento giurisprudenziale è stato confermato in una serie di sentenze, relative a determinate legislazioni sui modi di produzione dei prodotti alimentari⁴⁷, nelle quali la Corte, oltre a dichiarare che la disciplina nazionale controversa era sproporzionatamente restrittiva per prodotti di altri Stati membri, ha aggiunto che, in ogni caso, quella disciplina poteva continuare ad applicarsi ai soli prodotti nazionali⁴⁸.

La Corte, dunque, da un lato esclude la rilevanza comunitaria delle discriminazioni a rovescio, dall'altro, riconosce una competenza esclusiva degli Stati membri nella disciplina di situazioni "puramente interne"⁴⁹.

Emblematiche al riguardo sono le due sentenze *Steen*.

Il caso sottoposto all'esame della Corte riguardava la rilevanza comunitaria di una difformità fra la disciplina comunitaria e quella di uno Stato membro in tema di regime di impiego. In pratica, *Steen*, un cittadino tedesco che non aveva mai goduto, né intendeva avvalersi, della libertà di circolazione dei lavoratori si era venuto a trovare in una situazione lavorativa meno favorevole di quella assicurata nel proprio Paese a lavoratori stranieri in forza di dispo-

colta, 1987, p. 809. Lo stesso atteggiamento si può riscontrare nella precedente sentenza del 23 ottobre 1986 in causa n. 355/85, *Cognet*, *cit. supra*, nota 16.

⁴⁷ Nel pronunciarsi sulla conformità o meno al diritto comunitario delle regolamentazioni nazionali riguardanti la fabbricazione di un dato prodotto, la Corte ha articolato il suo giudizio nell'applicazione di tre criteri: quello del *nesso causale* fra normativa interna e fine perseguito, quello della *proporzionalità*, ed infine quello della *sostituibilità*. Da tale orientamento giurisprudenziale è possibile trarre almeno due conseguenze importanti. La prima, immediato riflesso del principio del *mutuo riconoscimento*, interessa l'intero mercato comunitario-europeo ed è data da un sostanziale "appiattimento verso il basso" dello *standard* comunitario di qualità dei prodotti e da un correlato scadimento della competitività europea verso altri mercati. Infatti, lo Stato con minor "carico normativo di qualità" riesce ad imporsi sui mercati superando i collaudati sistemi di fabbricazione di prodotti tipici di Paesi con antiche tradizioni alimentari. In più, tale situazione sembra irreversibile, perché la facilitazione nell'esportazione disincentiva ogni stimolo all'armonizzazione delle normative nazionali, che in questo settore è ancora assente. La seconda conseguenza riguarda l'ordinamento interno e, in particolare, le situazioni discriminatorie a danno dei produttori nazionali derivanti dalle pronunce interpretative della Corte. Queste, se atrofizzano la norma interna impedendone l'applicazione nei confronti dei produttori comunitari, non possono bloccarne gli effetti verso i produttori nazionali, che restano comunque soggetti al suo maggior rigore normativo. Di qui, quelle situazioni di "discriminazioni a rovescio" derivanti dalla ricaduta del diritto comunitario nell'ordinamento interno. Sul punto cfr. A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo*, *cit. supra*, nota 13, p. 276 ss. nonché G. CELONA, *La libera circolazione delle merci e il mercato unico europeo nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 78; L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 45 e G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1995, p. 279.

⁴⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 1987 in causa n. 178/84, *Commissione c. Germania*, *cit. supra*, nota 7; sentenza del 14 luglio 1988 in causa n. 90/86, *Procedimento penale a carico di Zoni*, *cit. supra*, nota 34. In quest'ultima, relativa all'obbligo di produzione della pasta con grano duro, è espressamente affermato che «il diritto comunitario non esige che il legislatore abroghi la legge per quanto attiene ai produttori di pasta stabiliti sul territorio italiano» (punto 25).

⁴⁹ Come osserva M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di uguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova, Cedam, 1989, p. 243: le discriminazioni in oggetto sarebbero piuttosto che lecite, indifferenti, e ciò appunto in quanto incidenti su fattispecie di per sé estranee all'ambito su cui si estendono le competenze della Comunità. In maniera analoga, secondo E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie*, *cit. supra*, nota 2, p. 360: sarebbero situazioni "puramente interne" quelle non disciplinate né disciplinabili dal diritto comunitario; quelle situazioni, quindi, nelle quali agli Stati membri rimane un potere assoluto di regolamentazione non intaccato da vincoli comunitari.

zioni del diritto comunitario. Questi potevano prestare il proprio lavoro in regime di impiego contrattuale, mentre i cittadini nazionali potevano occupare quel determinato lavoro solo come impiegati di ruolo.

Nella prima sentenza *Steen*⁵⁰, la Corte ha escluso che il principio comunitario di non discriminazione avesse effetti rispetto alla normativa nazionale. Decisiva, al fine della decisione, è stata la considerazione della fattispecie oggetto del giudizio interno come rilevante esclusivamente per l'ordinamento interno⁵¹.

In effetti, la nazionalità del richiedente costituiva un elemento decisivo per l'applicazione della normativa comunitaria più favorevole, tuttavia, la discriminazione è stata considerata dalla Corte al di fuori del campo di applicazione del diritto comunitario. Essa sarebbe stata rilevante se il soggetto interessato avesse voluto affermare una libertà tutelata dal diritto comunitario. Se, ad esempio, avesse voluto far valere internamente una qualificazione professionale conseguita all'estero, e a ciò la legislazione si fosse opposta sulla base della sua cittadinanza⁵².

Nella seconda sentenza *Steen*⁵³, la Corte, da un lato, ribadisce la tesi dell'irrelevanza sostanziale, per il diritto comunitario, di fattispecie totalmente confinate in ambiti nazionali e come tali rette soltanto dai diritti interni e, dall'altra, chiarisce che «il diritto comunitario non osta a che il giudice nazionale controlli la compatibilità con la propria Costituzione di una norma interna che sfavorisca i lavoratori nazionali rispetto ai cittadini di altri Stati membri, qualora i detti lavoratori nazionali si trovino in una situazione priva di qualsiasi connessione con quelle contemplate dal diritto comunitario»⁵⁴. Il che, del resto, non significa, però, che il giudice nazionale possa trarre dall'ordinamento comunitario i poteri per risolvere siffatte discriminazioni, qualora tali poteri non gli fossero conferiti dall'ordinamento interno⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992 in causa n. C-332/90, *Steen I*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 341.

⁵¹ Il giudice comunitario considera la situazione in esame come "puramente interna" perché non è stato esercitato il diritto di libera circolazione all'interno della Comunità e perciò solo il giudice nazionale può, se crede, risolvere il caso applicando il diritto nazionale. Così A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle "discriminazioni a rovescio"*, cit. supra, nota 27, p. 290. Sul tema, cfr. sentenze della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992 in cause riunite n. C-330/90 e n. C-331/90, *Procedimento penale contro Lopez Brea e Hidalgo Palacios*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 323 nonché del 23 aprile 1991 in causa n. C-41/90, *Höfner e Elser*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1979.

⁵² Cfr. sul punto E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie*, cit. supra, nota 2, p. 357.

⁵³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1994 in causa n. C-132/93, *Steen II*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2715 e massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 663.

⁵⁴ La Corte, quindi, esclude l'esistenza di ostacoli all'utilizzazione del diritto comunitario come parametro di riferimento per la valutazione della legittimità della normativa statale alla luce del principio interno di uguaglianza, ma non ritiene proprio dovere fornire al giudice interno ragguagli sulla corretta interpretazione della norma comunitaria e dei suoi scopi. Cfr. sul punto, P. PALLARO, *La sentenza Guimont: un definitivo superamento "processuale" dell'irrelevanza comunitaria "sostanziale" delle c.d. "discriminazioni a rovescio"?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 100.

⁵⁵ Tale conclusione è corroborata dalla sentenza *Mathot*, cit. supra, nota 46, in cui la Corte ha

Stesso atteggiamento, e cioè, riconoscimento della rilevanza puramente interna della discriminazione a rovescio e, di conseguenza, riaffermazione dell'esclusiva competenza dei singoli Stati membri nella disciplina di tali situazioni, si riscontra in una sentenza riguardante le conseguenze provocate nell'ordinamento francese da una direttiva comunitaria contenente misure destinate a facilitare l'esercizio del diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi di parrucchiere⁵⁶.

La disparità derivava dal fatto che la normativa francese subordinava l'esercizio della professione al possesso di un diploma, mentre la direttiva comunitaria⁵⁷ consentiva ai cittadini di altri Paesi membri (o a cittadini francesi che avevano acquisito le condizioni per l'esercizio della professione in un altro Stato membro) di esercitare la stessa professione senza alcun ostacolo⁵⁸.

Anche in questo caso, la risposta negativa si fonda sul concetto di situazione "puramente interna". Secondo la Corte, infatti, la discriminazione alla rovescia che risulta da tale duplice regime normativo non è censurabile in base al disposto della direttiva, perché «essa non mira ad armonizzare i presupposti fissati dalle normative nazionali per l'accesso alla professione di parrucchiere e l'esercizio di quest'ultima» in modo omogeneo per tutti coloro che intendono esercitare siffatta attività; essa richiede soltanto che ciascuno Stato membro riconosca l'esercizio effettivo di tale attività nel Paese di provenienza, come condizione sufficiente a dimostrare che l'interessato gode di competenze equivalenti a quelle richieste nel Paese ospitante.

3.1 Segue: *Le sentenze Pistre e a. e Angonese*

Fino alle pronunce *Steen* la Corte aveva, quindi, una concezione estremamente formale delle discriminazioni a rovescio⁵⁹.

implicitamente escluso che il giudice nazionale fosse provvisto, in base al diritto comunitario, del potere di estendere l'applicazione delle norme nazionali relative agli *standard* di produzione, adattate ad una direttiva di armonizzazione che non opera distinzioni in base all'origine del prodotto, ai prodotti importati dagli altri Stati membri, che per una singolare omissione del legislatore non erano stati inclusi nell'ambito personale della normativa stessa, determinando una discriminazione a danno dei produttori nazionali. Anche se tale ipotesi di discriminazioni a rovescio sicuramente fosse censurabile in base al diritto comunitario, concretando un scorretta attuazione della direttiva, la Corte ha preferito affidare alla Commissione, ex art. 169 del Trattato Ce, l'intervento nei confronti di tale inadempimento, piuttosto che riconoscere al giudice interno un compito – l'estensione alle situazioni interne della normativa nazionale – che sicuramente esula dalle sue competenze istituzionali. Sul punto S. AMADEO - G. P. DOLSO, *La Corte costituzionale, cit. supra*, nota 3, p. 1232.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 1995 in cause riunite da n. C-29/94 a n. C-35/94, *Procedimenti penali a carico di Jean-Luis Aubertin e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 301 ss.

⁵⁷ Direttiva del Consiglio del 19 luglio 1982 n. 82/489/Ce, art. 2.

⁵⁸ In questo modo i cittadini non soggetti alla legge francese risultavano favoriti, mentre i francesi erano discriminati perché per offrire lo stesso servizio dovevano sottostare a condizioni più gravose. Cfr. A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle "discriminazioni a rovescio"*, *cit. supra*, nota 27, p. 291.

⁵⁹ Partendo dall'assenza di una volontà normativa comunitaria tesa a disciplinare i rapporti giu-

Un cambiamento di rotta, che sembra spingere la Corte verso l'ammissione della rilevanza comunitaria delle discriminazioni a rovescio, si realizza con le sentenze *Pistre e a. e Angonese*.

Nel primo caso⁶⁰, le parti lamentavano la violazione della libertà di circolazione delle merci da parte di una disciplina francese che le sottoponeva a delle sanzioni.

In realtà, si trattava di un giudizio *a quo* "meramente interno", perché i produttori di salumi francesi smerciavano i loro prodotti solo sul territorio francese e, pertanto, non potevano sostenere la "strumentalità" del loro eventuale diritto leso rispetto al funzionamento del mercato unico.

Ciononostante, la Corte, dopo aver ribadito che l'art. 30 (ora 28) del Trattato non poteva applicarsi a norme che non riguardavano in alcun modo l'importazione di merci, aggiunse che, pur tuttavia, esso non poteva essere disatteso solo perché nella fattispecie concreta tutti gli elementi si collocavano all'interno di un solo Stato membro.

Anche una tale situazione era, pertanto, comunitariamente rilevante nella misura in cui «l'applicazione del provvedimento nazionale può altresì incidere sulla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, in particolare quando tale provvedimento agevoli l'immissione in commercio delle merci di origine nazionale a scapito delle merci importate»⁶¹.

Con la sentenza *Angonese*⁶², in materia di libera circolazione delle persone, la Corte rafforza la sua precedente interpretazione e fa un passo in avanti verso un riconoscimento comunitario delle discriminazioni a rovescio.

Un cittadino italiano, residente a Bolzano, contestava il fatto che una banca della sua città, nell'ambito di un concorso di assunzione, esigesse il possesso del c.d. «patentino» attestante il bilinguismo, rilasciato solo all'amministrazione provinciale, senza accettare altre prove dell'adeguata conoscenza sia dell'italiano sia della lingua tedesca.

Ritenendo il requisito svantaggioso per i non residenti nella provincia e, in particolare, per i cittadini di altri Stati membri, e quindi reclamandone l'in-

ridici oggetto della causa pregiudiziale, dopo aver constatato l'autonomia ed esclusività dell'ordinamento giuridico interno nello scegliere l'assetto giuridico da ricollegare a quel tipo di fattispecie, essa arrivava a dichiarare che la disciplina giuridica della fattispecie in causa fuoriusciva dal campo di applicazione del diritto comunitario, e che la domanda pregiudiziale era da rigettare per mancanza di disposizioni del diritto comunitario effettivamente rilevanti. Cfr. P. PALLARO, *La sentenza Guimont, cit. supra*, nota 54, p. 101.

⁶⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1997 in cause riunite da n. C-321/94 a n. C-324/94, *Pistre e a.* in *Raccolta*, 1997, I, p. 2343 ss.

⁶¹ Paradossalmente, nel caso in questione il Governo francese aveva addotto argomenti abbastanza convincenti circa la completa e sistematica non applicazione della legge in causa ai prodotti degli altri Stati membri, ritenuta dalle autorità competenti come riferita ai soli prodotti francesi; lo stesso Governo aveva dimostrato, in particolare, la continua crescita delle importazioni dei prodotti privi dei requisiti di procedura di cui alla legge controversa (cfr. punti 46 e 48 della sentenza).

⁶² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2000 in causa n. C-281/98, *Angonese*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4139 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 634.

compatibilità con il divieto di discriminazioni tra lavoratori fondate sulla nazionalità di cui all'art. 48 (ora art. 39) del Trattato, egli chiedeva al giudice nazionale di dichiararlo nullo sulla base di principi di diritto interno⁶³.

Il giudice, allora, adiva la Corte di giustizia per sapere se il fatto di pretendere l'attestato sul bilinguismo da parte di una impresa privata fosse incompatibile con il Trattato e con la normativa in materia di libera circolazione dei lavoratori⁶⁴.

Per la prima volta ed esplicitamente la Corte prende in considerazione la particolarità dell'ordinamento giuridico nazionale e «rileva che l'obbligo di cui trattasi, se di per sé fosse considerato in contrasto con il diritto comunitario, sarebbe nullo in diritto italiano»⁶⁵.

Rispondendo al Governo italiano, che aveva eccepito la natura meramente interna della causa pendente, essa ricorda che, nell'ambito del rinvio pregiudiziale, spetta al giudice nazionale valutare la necessità di una pronuncia della Corte di giustizia⁶⁶ e conclude che «senza pronunciarsi sulla fondatezza dei punti della motivazione dell'ordinanza di rinvio (...) non risulta manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non abbia alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale».

La Corte riconosce, quindi, la possibilità, da parte del giudice *a quo*, di avvalersi della sentenza comunitaria a fini esclusivamente interni.

Viene inaugurata, così, la strada di una "collaborazione processuale" del giudice comunitario con i giudici interni, consistente nella interpretazione del parametro comunitario alla stregua del quale applicare, in fattispecie interne, norme interne. Alla luce di questa unità di misura, l'organo statale potrà decidere se un rapporto giuridico interno riceve una disciplina realmente deteriore rispetto ad analoghi rapporti di rilievo comunitario e trarne, di conseguenza, gli sviluppi prefigurati dal proprio ordinamento nazionale⁶⁷.

3.1.2 Segue: *La sentenza Guimont*

Il cammino della Corte verso il riconoscimento comunitario delle discriminazioni a rovescio si conclude con la sentenza del 5 dicembre 2000, *Guimont*.

⁶³ L'appiglio per disapplicare una eventuale discriminazione a rovescio era dato dagli artt. 1428 e 1421 c.c. che legittimano gli interessati a far valere la nullità *erga omnes* di clausole che violino diritti di terzi (in tal caso dei lavoratori di altri Stati membri).

⁶⁴ L'ordinanza adduceva quale unico elemento transfrontaliero lo svolgimento da parte dell'attore di studi di lingue straniere all'Università di Vienna. Tali studi erano, tuttavia, del tutto estranei al tipo di attività lavorativa cui era candidato.

⁶⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2000 in causa n. C-281/98, *Angonese*, cit. *supra*, nota 62, punto 14.

⁶⁶ Un rigetto si giustifica solo ove appaia manifesta l'assenza di relazioni tra la lite stessa e la norma comunitaria oggetto della domanda di interpretazione.

⁶⁷ Cfr. P. PALLARO, *La sentenza Guimont*, cit. *supra*, nota 54, p. 108 ss.

Ancora una volta, sotto accusa è la legislazione nazionale.

In particolare, si trattava di una norma francese che disciplinava in modo rigoroso le modalità di produzione di un certo tipo di formaggio, ostacolando lo smercio di formaggi legalmente prodotti in altri Stati membri e recanti la stessa denominazione generica.

La contestazione proveniva dal responsabile di una latteria francese che produceva e poneva in commercio i propri prodotti solo in Francia, e che era stato sanzionato in occasione di una verifica delle competenti autorità francesi.

In considerazione di tale circostanza, il Governo francese sosteneva l'estraneità della causa al diritto comunitario; il ricorrente, invece, si richiamava alla sentenza *Pistre e a.*

La Corte, tuttavia, ritiene inapplicabile alla fattispecie il precedente invocato. Essa evidenzia, infatti, che mentre nella sentenza *Pistre e a.* si trattava di una discriminazione diretta tra merci nazionali e merci importate, il caso in esame riguarda una normativa indistintamente applicabile, che «rientra nell'art. 30 del trattato solo nella misura in cui essa risulti applicabile a situazioni che possano ricollegarsi all'importazione di merci negli scambi intracomunitari»⁶⁸.

Rinnovando la formula che vuole i giudici interni responsabili della decisione sulla necessità di una pronuncia pregiudiziale per risolvere la causa pendente dinanzi a loro, salvo il carattere manifesto dell'irrilevanza del diritto comunitario, la Corte conclude statuendo che «nel caso di specie non risulta in modo manifesto che l'interpretazione sollecitata del diritto comunitario non sarebbe necessaria per il giudice nazionale. Infatti, una risposta siffatta potrebbe essergli utile nell'ipotesi in cui il proprio diritto nazionale imporrebbe, in un procedimento come quello del caso di specie, di agire in modo che un produttore nazionale fruisca degli stessi diritti di cui godrebbe in base al diritto comunitario, nella medesima situazione, un produttore di un altro Stato membro»⁶⁹.

Da ciò si evincono le autentiche ragioni del nuovo orientamento giurisprudenziale: e cioè, la Corte si mostra favorevole a risolvere questioni pregiudiziali su fattispecie "puramente interne" quando e purché esse implicino anche una discriminazione a rovescio.

Alla luce di quest'ultima pronuncia è, dunque, possibile tracciare il percorso seguito dalla Corte in materia di discriminazioni a rovescio.

All'inizio, nega esplicitamente il carattere comunitario delle discriminazioni in esame. Queste vengono ricondotte e imputate in modo esclusivo agli ordinamenti giuridici nazionali quali situazioni "puramente interne"⁷⁰, il che

⁶⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2000 in causa n. C-448/98, *Guimont*, cit. *supra*, nota 9.

⁶⁹ Cfr. sentenza *Guimont*, loc. cit., punto 26.

⁷⁰ Nella sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979 in causa n. 115/78, *Knoors c. Segretariato di Stato per gli affari economici*, in *Raccolta*, 1979, p. 399 ss., il concetto di situazione puramente interna riceve una prima elaborazione mediante una definizione negativa. Ricomprenderebbe la situazione di un soggetto che non intende avvalersi di diritti e di libertà garantiti dal Trattato. Il concet-

significa che è possibile eliminarle solo avvalendosi di principi e strumenti di diritto interno.

Successivamente, la Corte inaugura una nuova fase⁷¹, nella quale, senza abbandonare l'assunto della estraneità delle discriminazioni a rovescio rispetto al diritto comunitario sostanziale, si mostra disponibile ad aiutare i giudici statali nella valutazione e applicazione di quello che potrebbe costituire il "parametro comunitario" del giudizio interno. Tale giudizio è finalizzato a misurare l'esatta portata di una norma nazionale e, in tal modo, l'eventuale esistenza di una discriminazione a rovescio; in caso affermativo, esso è teso a comprendere e a valutare le motivazioni della disparità di trattamento e a trarne le conseguenze giuridiche che si impongono in diritto interno⁷².

In conclusione, da un lato, gli strumenti di diritto interno, e specialmente i principi fondamentali comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione, potrebbero assicurare l'inammissibilità di discriminazioni che risultino irragionevoli e sproporzionate; dall'altro, la Corte presta il suo soccorso interpretativo nei casi in cui non sia facile sciogliere il dubbio circa gli "effetti limitativi" svolti dall'ordinamento comunitario su una determinata normativa statale⁷³.

4. La legge n. 62 del 18 aprile 2005 (art. 2, par. 1, lett. h)

Nuovo slancio al problema delle discriminazioni a rovescio è stato dato dall'approvazione della legge comunitaria 2004⁷⁴.

In particolare, l'art. 2, par. 1, lett. h., si occupa espressamente della questione stabilendo che «i decreti legislativi assicurano che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo da assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri».

to è precisato nella sentenza del 28 marzo 1979 in causa n. 175/78, *Regina c. Vera Ann Saunders*, in *Raccolta*, 1979, p. 1129 ss., nella quale è definito come una situazione priva di «qualsiasi collegamento ad una qualunque delle situazioni contemplate dal diritto comunitario».

⁷¹ Emblematiche al riguardo le sentenze del 7 maggio 1997 in cause riunite da n. C-321/94 a n. C-324/94, *Pistre e a.*, *cit. supra*, nota 60; del 6 giugno 2000 in causa n. C-281/98, *Angonese*, *cit. supra*, nota 62 nonché del 5 dicembre 2000 in causa n. C-448/98, *Guimont*, *cit. supra*, nota 9.

⁷² Così P. PALLARO, *La sentenza Guimont*, *cit. supra*, nota 54, p. 114.

⁷³ In altre parole, l'ordinamento comunitario deve accettare la responsabilità delle situazioni giuridiche che è in grado di creare e in esso vanno trovati i rimedi per eliminare eventuali irragionevoli disparità di trattamento, non sufficientemente giustificabili. Così P. PALLARO, *loc. cit.*, p. 116.

⁷⁴ Legge 18 aprile 2005, n. 62. «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004».

Il legislatore ha voluto, così, introdurre uno specifico criterio di delega che impone di assicurare la parità di trattamento tra cittadini italiani e comunitari, nei casi in cui la diversità dei requisiti richiesti dagli altri Stati membri per l'esercizio di attività commerciali e professionali, determina, a danno dei cittadini italiani, l'insorgere di situazioni discriminatorie che si traducono in uno svantaggio competitivo.

L'intervento normativo, reso opportuno dall'onerosità dell'intervento della Corte costituzionale⁷⁵, sembra risolvere una volta per tutte il problema delle discriminazioni a rovescio.

Un esempio delle implicazioni della norma di legge in esame riguarda il caso degli ingegneri civili italiani⁷⁶. In questione è l'art. 52, comma 2 del r.d. n. 2537/1925, che stabilisce una riserva di competenza in favore degli architetti per «le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico» e per «il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla legge 20 giugno 1909, n. 364, per le antichità e le belle arti».

Nel giudizio⁷⁷ promosso contro il provvedimento della Soprintendenza per i Beni Ambientali e Architettonici di Verona, che aveva negato ad un ingegnere civile l'autorizzazione al subentro nella direzione dei lavori per un immobile vincolato, il difensore dei ricorrenti ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 52, comma 2, r.d. n. 2537/25, con riferimento oltre che agli artt. 3, 41 e 97 Cost., anche all'art. 2, comma 1, lett. h., della legge comunitaria 2004.

La norma, infatti, risulta utile a promuovere e sorreggere le ragioni degli ingegneri civili, nella misura in cui stabilisce di garantire una «effettiva parità di

⁷⁵ Come si è visto, le discriminazioni a rovescio possono, se del caso, essere sanate con l'intervento della Corte costituzionale, sentenza n. 443/97. Tuttavia, proprio l'onerosità dell'intervento del giudice costituzionale, che per essere attivato richiede la pendenza di un giudizio, giustifica la scelta operata dal legislatore.

⁷⁶ Agli ingegneri civili italiani sono vietati gli interventi sugli immobili storici, ma l'esclusione non opera nei confronti degli ingegneri comunitari. Inoltre, l'accesso è possibile anche ad un architetto di un altro Paese Ue, indipendentemente dal fatto che il titolo di architetto gli dia accesso alle stesse attività nel suo Paese d'origine. Cfr. A. PRETO, *Case vincolate, in Italia favorito l'ingegnere UE*, su www.architettilroma.it; ID., *Belle arti, ingegneri discriminati*, su *Il Sole 24 Ore*, 1° novembre 2005.

⁷⁷ Con l'ordinanza TAR Veneto del 28 settembre 2005 n. 3600 è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 52, secondo comma, r.d. n. 2537/1925, nella parte in cui reca una riserva a favore degli architetti che non è applicabile ai titolari di diplomi di ingegneria civile o di titoli analoghi, rilasciati in altro Stato membro della Comunità europea, qualora tali titoli siano ricompresi nell'elenco redatto ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 85/384/Ce. Il TAR Veneto con l'ordinanza n. 4236/01 del 24 ottobre 2001 aveva rimesso alla Corte di giustizia la questione sull'interpretazione degli artt. 10 e 11 della direttiva n. 85/384/Cee. La Corte di giustizia con l'ordinanza del 5 aprile 2004 in causa n. C-3/02, *Mosconi, Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia c. Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici di Venezia - Ministero per i beni e le attività culturali, in presenza di Comune di San Martino Buon Albergo (Verona), Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, Ordine degli Architetti di Verona e Consiglio Nazionale degli ingegneri*, in <http://www.no.archiworld.it/200205/ordine/docs/avvisi3.html> e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 767 ss., si è pronunciata statuendo nel senso che la questione non avesse rilevanza nel diritto comunitario perché configurabile come una situazione puramente interna. Sull'argomento cfr. altresì la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, dell'11 settembre 2006 n. 5239 che ha confermato la sentenza del TAR Toscana del 22 dicembre 2000 n. 2379.

trattamento» tra cittadini italiani e cittadini comunitari, per quel che riguarda la possibilità di svolgere in Italia le attività proprie della professione di architetto.

L'art. 52, comma 2, r.d. n. 2537/25 sarebbe incostituzionale nella parte in cui tale norma non è applicabile agli ingegneri civili o ai possessori di un titolo analogo rilasciato in un altro Stato membro, qualora tale titolo sia menzionato nell'elenco redatto ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 85/384/Cee⁷⁸ o in quello di cui all'art. 11 della direttiva, mentre rimane applicabile agli ingegneri civili che hanno conseguito il loro titolo in Italia.

Il Collegio si pronuncia in favore dei ricorrenti. Riconosce, infatti, che è ingiustamente discriminatorio impedire agli ingegneri civili italiani l'accesso ad attività professionali che l'Amministrazione non potrebbe, invece, vietare nei confronti di ingegneri civili (o possessori di titoli analoghi) di altri Stati membri, e ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Alla luce di ciò, il problema delle discriminazioni alla rovescia, almeno con riguardo agli ingegneri civili, sembra essere stato risolto proprio dall'intervento normativo del legislatore⁷⁹.

In realtà, però, resta comunque irrisolta la questione della legittimità costituzionale di tali discriminazioni.

Se, infatti, con la previsione dell'art. 2, comma 1, lett. *h.*, della legge comunitaria 2004, il legislatore ha voluto definitivamente sancire la messa al bando di ogni tipo di discriminazione, che fare in quei casi in cui si è ampiamente dimostrata⁸⁰ la legittimità della disposizione nazionale più restrittiva?

Non si può, infatti, dimenticare che, proprio l'adozione di norme restrittive, universalmente accettate dagli operatori del settore, ha comportato indubbi vantaggi alla produzione italiana di qualità, sia in termini economici, sia in termini di prestigio riconosciuto a livello mondiale.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto finora esposto, tracciare un bilancio in materia di discriminazioni alla rovescia è impresa non facile. Soprattutto, considerando che il discorso è tutt'altro che chiuso.

Come dimostra, infatti, una pronuncia della Corte di giustizia⁸¹, la possibilità di determinare casi di discriminazioni alla rovescia è sempre attuale.

⁷⁸ Essa mira ad uniformare negli Stati membri l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nel settore professionale dell'architettura, con l'espressa introduzione di norme, di reciproco riconoscimento tra gli Stati membri, che sanciscono l'equiparazione dei titoli di architetto ed ingegnere nel settore. Sul punto cfr. G. FARINA, *Competenze di ingegneri ed architetti: una questione di legittimità costituzionale*. TAR Veneto, sez. II, ordinanza 28 settembre 2005 n. 3600, su www.altalex.it.

⁷⁹ V. però gli sviluppi descritti in nota 77.

⁸⁰ Cfr. F. CAPELLI, *È legittima la discriminazione alla rovescia*, cit. *supra*, nota 37.

⁸¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-294/01, *Granarolo*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13429 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 773.

Nel caso di specie, la questione interpretativa dell'art. 5 della legge italiana n. 169 del 1989⁸² era stata portata dinanzi alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato (ex art. 177), dal Giudice del Tribunale di Bologna, adito da Granarolo Spa in sede di opposizione all'ordinanza-ingiunzione del comune di Bologna di irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Nel 1999, la Granarolo commercializzava in Italia un latte pastorizzato ad alta temperatura, prodotto in Germania, vendendolo sotto la denominazione «più giorni», con indicazione di un tempo di conservazione di otto giorni.

Il comune di Bologna aveva inflitto una sanzione amministrativa sostenendo la violazione dell'art. 5⁸³ della legge n. 169 del 1989, in quanto sugli imballaggi del latte era indicata una data di scadenza superiore a quella di quattro giorni. Pertanto, risultavano usate diciture ed etichettature non conformi alle prescrizioni di legge.

Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di verificare se l'applicazione delle direttive n. 92/46/Cee, n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee, nonché della normativa interna di attuazione⁸⁴, fosse incompatibile con la normativa nazionale, se interpretata nel senso di imporre, per il latte pastorizzato a temperatura elevata, una scadenza di quattro giorni successivi alla data di confezionamento⁸⁵.

La Corte di giustizia risponde che, in assenza di disposizioni esplicite a livello comunitario⁸⁶, la competenza a determinare la data di scadenza dei

⁸² La legge n. 169/89 disciplina il trattamento e la commercializzazione del latte alimentare vaccino. In particolare, l'art. 1 definisce le caratteristiche del latte destinato al consumo umano diretto e prevede che lo stesso, prima dell'immissione sul mercato subisca, da una impresa che tratta il latte, almeno un procedimento termico ammesso o ad effetto equivalente comunque autorizzato. Tali trattamenti sono individuati espressamente all'art. 2 nella pastorizzazione e sterilizzazione. Altri trattamenti possono essere autorizzati con decreto del Ministro della sanità di concerto con il Mipaf, in relazione all'evoluzione tecnologica o a normative della Comunità europea. Infine, dalla lettura degli artt. 3 e 4 si ricava la definizione di latte fresco pastorizzato. Tale è il latte che perviene crudo allo stabilimento di confezionamento, viene sottoposto a un solo trattamento termico entro quarantotto ore dalla mungitura e che presenta al consumo caratteristiche organiche espressamente indicate.

⁸³ Al fine di rendere riconoscibili al consumatore le caratteristiche del latte, l'art. 5, comma 3, della legge n. 169/89 stabilisce che la denominazione del tipo di latte «deve figurare per intero e nello stesso campo visivo del contenitore». Sul contenitore deve essere riportato il termine di conservazione, con la dicitura «da consumarsi entro», seguita dalla data riferita al giorno, al mese e all'anno. Il termine di consumazione non può superare i quattro giorni successivi a quello di confezionamento.

⁸⁴ Dpr n. 54 del 14 gennaio 1997, «Regolamento recante attuazione delle direttive n. 92/46/Cee e n. 92/47/Cee, in materia di produzione e immissione su mercato di latte e di prodotti a base di latte», che all'art. 5 disciplina la produzione, il confezionamento, l'etichettatura, il magazzinaggio e il trasporto del latte trattato termicamente; dlgs n. 109 del 27 gennaio 1992, recante «Attuazione delle direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari», secondo cui il *termine minimo di conservazione* è «la data fino alla quale il prodotto alimentare conserva le sue proprietà specifiche in adeguate condizioni di conservazione; esso va indicato con la dicitura *da consumarsi preferibilmente entro* seguita dalla data oppure dalla indicazione del punto della confezione in cui essa figura»; la *data di scadenza* è la «data entro la quale il prodotto alimentare va consumato».

⁸⁵ Cfr. S. NICODEMO, *Mercato comunitario e circolazione dei prodotti: il caso Granarolo (La sentenza della Corte di Giustizia - Quinta sezione - 13 novembre 2003 - in C-294/01)*, su www.experta.it.

⁸⁶ Le direttive n. 92/46 e n. 79/112 non contengono, infatti, alcuna indicazione che fissi la data di scadenza del latte pastorizzato.

prodotti a base di latte rientra nella competenza di ogni Stato membro.

Nell'esercizio di questa competenza, tuttavia, gli Stati membri devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano seriamente compromettere il risultato prescritto dalla direttiva, che è quello di facilitare la commercializzazione e la libera circolazione dei prodotti a base di latte su cui essa verte⁸⁷.

Secondo la Corte, l'art. 5 della legge n. 169/89, nel fissare la stessa data di scadenza per il latte fresco pastorizzato ad alta temperatura e per il latte fresco pastorizzato, ha assunto una determinazione che può costituire un grave ostacolo alla commercializzazione e alla libera circolazione di questo tipo di latte in Italia.

La Corte dichiara, pertanto, il conflitto tra la direttiva comunitaria e la norma italiana. Tale soluzione permette di superare l'*impasse* che ne sarebbe derivato dal solo richiamo agli artt. 28 e 30 del Trattato. Questi, infatti, sono utili ad eliminare gli ostacoli all'importazione di merci, ma non a garantire che le merci nazionali fruiscono dello stesso trattamento delle merci importate. Pertanto, una differenza di trattamento tra merci, che non sia tale da ostacolare l'importazione o sfavorire la distribuzione delle merci importate, non ricade sotto il divieto stabilito dall'art. 28 del Trattato⁸⁸.

Se la Corte si fosse limitata ad affermare il contrasto tra la disciplina italiana e il Trattato, l'effetto sarebbe stato soltanto quello di vietare l'applicazione della legge n. 169/89 al latte proveniente da altri Stati membri.

Ne sarebbe derivata, così, una discriminazione a rovescio, perché i prodotti nazionali sarebbero stati assoggettati ad un trattamento meno favorevole rispetto ai prodotti importati.

La Corte, invece, riconosce alla Granarolo la possibilità di commercializzare, su tutto il territorio comunitario e anche su quello nazionale, il latte pastorizzato ad alta temperatura e prodotto anche in Italia⁸⁹. In questo modo, elimina ogni possibilità di discriminazione.

Alla giurisprudenza sulle discriminazioni alla rovescia è possibile richiamarsi per tentare di risolvere il problema della portata delle direttive comunitarie.

Secondo la Corte di giustizia, le direttive, quando entrano in conflitto con la normativa nazionale, possono dispiegare un'efficacia diretta soltanto in senso verticale. Il giudice nazionale, cioè, in caso di contrasto tra norma nazionale e direttiva, potrà disapplicare la disposizione nazionale solo se la direttiva viene

⁸⁷ La funzione di queste direttive sarebbe quella di creare progressivamente un mercato interno e tale risultato verrebbe compromesso se uno Stato membro fissasse, per uno dei prodotti a base di latte, una data di scadenza tale da costituire un grave ostacolo alla commercializzazione del prodotto nello Stato.

⁸⁸ In tal senso si esprime la Corte nelle sentenze del 16 gennaio 2003 in causa n. C-14/00, *Commissione c. Italia*, cit. supra, nota 12; del 18 febbraio 1987 in causa n. 98/86, *Mathot*, cit. supra, nota 46; del 5 dicembre 2000 in causa n. C-448/98, *Guimont*, supra, nota 9.

⁸⁹ Cfr. S. NICODEMO, *Mercato comunitario e circolazione dei prodotti*, cit. supra, nota 85.

invocata contro lo Stato oppure contro un organismo pubblico. Non potrà, invece, disapplicarla se la controversia sorge tra due soggetti privati⁹⁰.

Gli effetti di questa giurisprudenza sono evidenti soprattutto in materia di rapporti di lavoro, dove le controversie possono opporre sia lavoratore e datore di lavoro pubblico, sia lavoratore e datore di lavoro privato⁹¹. Proprio quest'ultimo caso ha formato oggetto di una pronuncia della Corte di giustizia⁹².

La controversia riguardava, in particolare, la legittimità della normativa nazionale tedesca che consentiva a particolari organismi, come la Croce Rossa, di imporre ai propri dipendenti il superamento della durata massima dell'orario di lavoro stabilito in 48 ore settimanali dalla direttiva n. 93/1043/Ce⁹³.

La Corte di giustizia, con una interpretazione che appare alquanto discutibile, da un lato, riconosce che il giudice nazionale può certamente disapplicare la normativa nazionale che dovesse imporre il superamento del limite di 48 ore; dall'altro, riprendendo le argomentazioni svolte nella sentenza *Marleasing*⁹⁴, stabilisce che «il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e delle finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguita»⁹⁵.

Risulta evidente che la soluzione alla questione debba essere ricercata altrove. Ed, in effetti, come è stato giustamente suggerito⁹⁶, poiché la discriminazione trova origine nella normativa comunitaria, così come interpretata dalla Corte di giustizia, un rimedio adeguato potrebbe essere trovato facendo valere l'indirizzo giurisprudenziale che la Corte costituzionale italiana ha seguito per superare gli ostacoli determinati dalle discriminazioni alla rovescia.

In sostanza, si afferma che il giudice costituzionale, qualora ritenesse inaccettabile il trattamento discriminatorio ai danni dei lavoratori dipendenti di imprese private, potrebbe invocare l'art. 3 Cost. e, sulla base di esso, dichiarare l'incostituzionalità delle norme legislative italiane a causa degli effetti discriminatori da esse provocate. Questa soluzione è certamente più ragionevole di quella proposta dalla Corte di giustizia. Se, infatti, c'è contrasto tra

⁹⁰ Cfr. F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive secondo una giurisprudenza incompiuta*, in questa *Rivista*, 1994, p. 51.

⁹¹ Così F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 755.

⁹² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004 in cause riunite da n. C-397/01 a n. C-403/01, *Bernhard Pfeiffer e altri c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, in questa *Rivista*, 2004, p. 751 ss.

⁹³ In *Guce* n. L 307 del 13 dicembre 1993, p. 18 ss. Tale direttiva è stata adottata per tutelare la salute dei lavoratori ed ha portata generale in tutta l'Unione europea.

⁹⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, 1990, p. 4156 ss. Cfr. F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive Cee in materia societaria*, in *Le Società*, 1991, n. 4, p. 440.

⁹⁵ Cfr. F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, *cit. supra*, nota 91, p. 756.

⁹⁶ Cfr. F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, *loc. cit.*, p. 757.

una norma nazionale e una direttiva comunitaria, non si vede come si possa interpretare la prima in maniera conforme alla seconda⁹⁷.

In conclusione, la questione delle discriminazioni alla rovescia rimane, allo stato attuale, ancora aperta. Il punto problematico sta proprio nell'individuazione dell'ordinamento competente a risolvere le disparità di trattamento.

La dottrina maggioritaria subordina la sanzionabilità, a livello comunitario, delle discriminazioni a rovescio ai differenti livelli di integrazione raggiunti nei diversi settori di interesse comunitario⁹⁸.

In questo modo, si nega la possibilità di risolvere il problema con una posizione univoca e certa per tutti i casi, e si relativizza la soluzione a seconda del particolare ambito in cui la discriminazione è riportabile.

A supporto⁹⁹ di questa opinione dottrinale viene richiamata la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle persone per contrapporla a quella sulla libera circolazione delle merci.

Nel primo caso, beneficerebbe della protezione comunitaria nei confronti di uno Stato il cittadino di quello stesso Stato e non solo il cittadino di un altro Stato membro; nel secondo caso, invece, il trattamento più rigoroso a danno delle merci nazionali non troverebbe tutela nel diritto comunitario.

Qualche Autore¹⁰⁰ pone il problema in termini ancora più complessi e giunge a soluzioni più problematiche e articolate, individuando alcune possibili ipotesi di rilevanza delle discriminazioni a rovescio per il diritto comunitario.

Una prima ipotesi, scindendo l'irrelevanza della fattispecie oggetto della discriminazione dagli effetti corrispondenti, individua la giustificazione delle eventuali sanzioni nella necessità di creare un mercato unico, interesse comunitario che verrebbe ostacolato dalla normativa nazionale più onerosa rispetto a quella europea.

Secondo un'altra ipotesi, invece, il problema delle discriminazioni a rovescio dovrebbe influenzare l'interpretazione e l'applicazione del diritto comunitario e non potrebbe risolversi semplicemente in termini di incompetenza della Corte europea.

Per questa dottrina non sarebbe sufficiente accertare che la situazione discriminatoria riguardi situazioni escluse dalla competenza comunitaria per sostenerne l'irrelevanza, ma occorrerebbe verificare se i profili di irrazionalità

⁹⁷ Cfr. F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, cit. supra, nota 91, p. 758.

⁹⁸ Cfr. K. MORTELMANS, *La discrimination à rebours*, in questa *Rivista*, 1980, p. 30, secondo il quale «le traitement de la discrimination à rebours doit être adapté à chaque domaine d'activité».

⁹⁹ Cfr. l'analisi giurisprudenziale proposta da M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di uguaglianza*, cit. supra, nota 49, p. 225 ss. Lo studio dell'A. segnala anche la posizione "contraddittoria" della Commissione, la quale, da una parte, ritiene applicabile il principio di non discriminazione per eliminare situazioni di discriminazione a rovescio, dall'altra, nega questa possibilità auspicando una necessaria armonizzazione negli ambiti interessati dal problema in esame.

¹⁰⁰ Cfr. sempre M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di uguaglianza*, loc. cit., p. 221 ss.

che tale disparità di trattamento esprime non siano direttamente o indirettamente in conflitto con l'ordinamento comunitario¹⁰¹.

Altra dottrina¹⁰², più attenta ai problemi formali, legge il problema in termini di competenza e sottolinea che, nelle situazioni di disparità create dalla ricaduta del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale, sorgono problemi di disomogeneità delle norme poste a confronto, difficilmente superabili in sede di giudizio¹⁰³.

Alla luce di ciò, un modo per risolvere le discriminazioni in esame potrebbe, allora, consistere nella collaborazione tra la Corte nazionale e quella comunitaria. In tal senso sembrano porsi le ultime statuizioni della Corte di giustizia.

A ben vedere, la conclusione che sembra emergere, con forza e in modo univoco, dalla sentenza *Guimont* è che il giudice comunitario risponde ad una richiesta di aiuto del giudice nazionale nell'applicazione del proprio diritto. In questo modo, la Corte interviene su questioni in cui non c'è alcuna norma comunitaria da applicare, ma norme comunitarie giocano un ruolo per la corretta applicazione del diritto interno¹⁰⁴. Si tratta, in qualche modo, dello stesso atteggiamento tenuto dalla Corte di fronte ai ricorsi pregiudiziali che chiedono l'interpretazione di norme comunitarie che non devono applicarsi, formalmente, alla controversia pendente, ma che sono di contenuto materiale identico alle norme nazionali che ad esse fanno rinvio¹⁰⁵.

Mentre nel caso di diritto nazionale materialmente identico a quello comunitario, c'è pur sempre una norma (nazionale) da applicarsi ad un caso concreto, pendente dinanzi al giudice *a quo*, le domande riguardanti le discriminazioni a rovescio, invece, non vertono sul contenuto di una norma nazionale, ma mirano a capire l'eventuale esistenza-portata della discriminazione stessa. Dopodiché i giudici applicheranno o la norma nazionale controversa (diversa da quella comunitaria), oppure altre norme interne rilevanti, eventualmente di carattere costituzionale¹⁰⁶.

Immacolata Zoppi

¹⁰¹ Cfr. M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di uguaglianza*, cit. supra, nota 49, p. 251.

¹⁰² Cfr. E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie*, cit. supra, nota 2, p. 352 ss.

¹⁰³ Cfr. A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle "discriminazioni a rovescio"*, cit. supra, nota 27, p. 290.

¹⁰⁴ Cfr. P. PALLARO, *La sentenza Guimont*, cit. supra, nota 54, p. 112.

¹⁰⁵ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: 18 ottobre 1990 in cause n. 297/88 e n. 197/89, *Masam Dzodzi c. Etat belge*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3763 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1991, p. 88; 8 novembre 1990 in causa n. 231/89, *Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4003 ss.; 24 gennaio 1991 in causa n. 384/89, *Procédure pénale a carico di Tomatis e Fulchiron*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 127 ss.; 17 luglio 1997 in causa n. C-28/95, *Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4161 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 183; 3 dicembre 1998 in causa n. C-247/97, *Schoonbroodt c. Etat belge*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 8095 ss.

¹⁰⁶ Cfr. P. PALLARO, *La sentenza Guimont*, cit. supra, nota 54, p. 115.

RECENSIONI

Fausto Capelli - Vittorio Silano - Barbara Klaus, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. XXVIII-599, € 50,00

Il volume «*Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*» curato da Fausto Capelli, Vittorio Silano e Barbara Klaus, ed edito da Giuffrè, rappresenta un *unicum* nell'ambito della dottrina, non soltanto italiana ma anche europea, dedicata al diritto alimentare.

Innanzitutto, il suo carattere inedito è determinato dall'ampiezza della materia trattata: copre l'intera normativa comunitaria sulla sicurezza alimentare, non limitandosi a descriverne gli aspetti fondanti e le principali fonti normative, ma analizzando in modo sistematico e puntuale l'insieme delle norme che oggi compongono tale disciplina, dalle regole in materia di etichettatura sino a quelle istitutive della Autorità di sicurezza alimentare (EFSA), passando per quelle relative ai controlli ufficiali dei prodotti alimentari.

Inoltre, al di là del suo carattere esaustivo, all'unicità dell'opera contribuisce l'indubbia autorevolezza dei suoi autori. In primo luogo, Fausto Capelli, infaticabile nonché creativo attore del diritto comunitario, profondo conoscitore del diritto alimentare europeo avendo avuto modo di seguirne la genesi nel suo duplice ruolo di professore e avvocato. In secondo luogo, Vittorio Silano, Capo del Dipartimento dell'Innovazione del Ministero della Salute nonché prolifico autore di pubblicazioni specializzate in materia, presiede attualmente il Comitato Scientifico dell'EFSA (Autorità europea per la sicurezza alimentare) lavorando a stretto contatto con i singoli gruppi di esperti scientifici permanenti che costituiscono il nocciolo duro dell'Autorità. Infine, Barbara Klaus, giovane avvocato specializzato in diritto alimentare, esercitando contestualmente la sua attività a Monaco di Baviera e a Milano, apporta al volume un imprescindibile contributo di genuina pratica legale europea.

Benché l'opera sia inevitabilmente di respiro europeo in considerazione della materia trattata, i numerosi richiami al diritto italiano servono ad illustrare al lettore come le due dimensioni, comunitaria e nazionale, si compenetrino e coesistano nella nascente disciplina del diritto alimentare comunitario.

Il volume è suddiviso in tre parti, ciascuna delle quali è organizzata in sezioni e capitoli. La prima parte è introduttiva allo studio della materia della sicurezza alimentare nell'ambito dell'ordinamento comunitario: vi sono passati in rassegna i vari organi istituzionali dell'Unione europea, i fondamenti giuridici del mercato unico comunitario e le competenze interne ed esterne della Comunità europea nel settore alimentare. Il merito di questa prima parte del volume non è tanto da ricercare nella componente introduttiva agli aspetti istituzionali di base dell'ordinamento comunitario ed ai principi legati al funzionamento del mercato comune, che per ovvie ragioni di spazio non ha potuto essere adeguatamente sviluppata, ma piuttosto nell'articolata illustrazione dell'attività svolta dalla Comunità nel settore degli alimenti in funzione delle competenze attribuite dal Trattato. Di particolare interesse sono poi le «valutazioni finali e conclusive» destinate a chiudere questa prima parte in cui gli Autori tracciano i caratteri della disciplina alimentare passando in rassegna gli elementi salienti del suo sviluppo, partendo dalle origini legate alla PAC per giungere sino alla crescente attenzione alla qualità dei prodotti alimentari in commercio.

La seconda parte invece, rappresentando il vero e proprio cuore del volume, analizza la disciplina europea in materia di sicurezza degli alimenti e dei mangimi nella sua integralità, non tralasciando peraltro gli aspetti connessi ai controlli ufficiali ed alle sanzioni. In questa parte del volume, al di là di una puntuale ricostruzione delle principali tappe di sviluppo della normativa comunitaria in materia alimentare, è di particolare interesse l'analisi dei principi fondamentali della legislazione alimentare, quali i principi dell'analisi del rischio, di precauzione, di trasparenza, di rintracciabilità e di tutela dei consumatori. In questa parte vengono anche approfonditi l'intricato complesso di norme che disciplinano l'igiene alimentare, le regole in materia di corretta informazione del consumatore, nonché le c.d. regolamentazioni verticali volte a disciplinare la sicurezza di specifiche categorie di prodotti alimentari, quali i nuovi alimenti, i prodotti destinati ad un'alimentazione particolare, gli integratori alimentari e gli alimenti arricchiti. Si tratta di un contributo prezioso per ricostruire in modo preciso e compiuto l'ambito applicativo nonché la portata di ciascuna di queste discipline settoriali.

L'ultima parte è infine dedicata alla creazione ed al funzionamento dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Dopo aver averla inquadrata nel più ampio sistema delle agenzie europee, ne sono descritte in particolare la struttura, le competenze e le funzioni. Questa parte, pur tracciando con dovuto rigore e completezza le funzioni principali assegnate all'agenzia, avrebbe forse potuto beneficiare di ulteriori sviluppi, meritando la sola istituzione uno studio

monografico. In particolar modo, in ragione del taglio pratico perseguito dagli Autori del volume, ci si sarebbe potuto aspettare una maggiore attenzione alle tematiche relative allo *status* normativo dei pareri scientifici emanati dall'Autorità ed a quelle legate alla loro eventuale impugnabilità in giustizia. È proprio su questi temi che gli operatori del diritto stanno concentrando la loro attenzione per capire in che misura la creazione dell'Autorità darà luogo o meno ad un contenzioso specializzato dinanzi ai giudici europei. Tuttavia, l'assenza di giurisprudenza sul punto sdrammatizza ed in parte giustifica tale omissione.

Come sottolineano gli stessi Autori, delle tre parti citate, la seconda è indubbiamente la più complessa, ma al contempo è proprio in essa che risiede il vero apporto sistematico del volume. In particolare, si segnala come sia possibile beneficiare appieno di tale apporto mediante l'ampio e dettagliato indice analitico che consente, tramite l'utilizzo di determinate parole-chiave, di reperire agevolmente i punti che interessano maggiormente il lettore. A ciò si aggiunga che ogni capitolo è preceduto da un rinvio a puntuali riferimenti bibliografici, in lingua italiana e non, volti ad orientare il lettore che desideri approfondire un determinato tema. Dalla lettura di quest'apparato di indici e di riferimenti bibliografici emerge chiaramente il notevole sforzo di sistemazione compiuto dagli Autori nel curare questo volume. Non v'è dubbio che il risultato premia l'ingente impegno profuso.

Pertanto, in ragione dell'approccio prescelto, volto a conciliare il dato tecnico-normativo con quello dottrinale, questo volume si candida a divenire non soltanto una guida essenziale per tutti gli operatori del settore alimentare, ma anche un'indispensabile fonte di riferimento per tutti gli studiosi ed i ricercatori del diritto alimentare. In considerazione degli innumerevoli pregi che si sono voluti sottolineare in questa sede, non è azzardato prevedere che questo volume non tarderà ad affermarsi come il manuale di riferimento del settore alimentare europeo.

È con tale auspicio che salutiamo l'uscita di questo volume.

Alberto Alemanno

Hans Wolfgang Arndt, *Europarecht*, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, pp. V-329, € 22,90

Andreas Haratsch - Christian Koenig - Matthias Pechstein, *Europarecht*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. V-563, € 29,00

Rudolf Streinz, *Europarecht*, 7. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, pp. VII-481, € 22,50

Il massimo risultato di chiarezza e di semplificazione raggiunto nella dottrina di lingua tedesca deriva senz'altro dalla scelta di una terminologia uni-

voca ed ormai consolidata ai fini dell'esposizione del diritto comunitario ed unionistico europeo nell'ambito accademico e professionale. A tale scelta si deve l'uso del termine «*Europarecht*», ormai invalso nei grandi manuali di origine internazionalistica come quello di A. Bleckmann e di T. Oppermann fin dall'inizio degli anni Novanta, ispirati alla tradizione del Max Planck Institute di Heidelberg. In tale filone si è inserita anche la manualistica successiva di estrazione accademica diffusa nel circuito delle varie università tedesche e pervenuta, ormai, ad una molteplicità di edizioni così come dimostrano i tre volumi recensiti.

Il vantaggio della scelta compiuta produce evidenti risultati positivi in merito ai due tronconi storici di cui è composto il diritto europeo ciascuno dei quali altrimenti suscettibile di essere studiato ed insegnato come parte di una disciplina autonoma promossa e propagandata come tale. Utile nella casa comune del «*Europarecht*» appare la convergenza dei due filoni storici da cui esso deriva, quello internazionalistico da cui continua a ricevere il massimo dinamismo e capacità di sviluppo, unitamente a quello interno di ciascun Stato membro portatore di una propria identità ordinamentale difficilmente rinunciabile nelle origini come nel prosieguo dell'integrazione comune. Senza la fedeltà al supremo fondamento dei valori costituzionali comuni, l'intera costruzione del diritto europeo sarebbe abbandonata al gioco delle relazioni bi- e multi-laterali in uno sforzo di emancipazione privo di prospettive e di chiara identificazione rispetto agli altri Stati del continente europeo e dell'intera Comunità internazionale.

Per tali ragioni, l'esame della manualistica di lingua tedesca appare particolarmente significativa per essere riuscita a mettere ordine, innanzitutto, nel linguaggio dei Trattati unionistici e comunitari fino all'ultimo stadio del c.d. Trattato costituzionale, per metà accordo internazionale e per metà emancipato rispetto a tale categoria. Così come appare utile il "sottofondo" normativo di riferimento conseguente all'avvenuta introduzione nella Costituzione della Repubblica federale tedesca del noto *Europa-Artikel* (artt. 23-24). Ancora più utile rispetto al linguaggio normativo italiano dove notoriamente la riforma costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 utilizza una terminologia indifferente fra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea (artt. 117-120), così come continua a denominare «legge comunitaria annuale» una realtà ormai espansa al terzo pilastro dell'Unione europea (v. legge n. 11 del 4 febbraio 2005, c.d. legge Buttiglione).

Così definita la questione terminologica ben si comprende come la recente manualistica tedesca *multi-edition* finalizzi l'intero processo di integrazione comunitaria a regole costituzionali certe *ad valorem*, capaci di orientare l'ormai stratificato sistema del diritto pattizio collegato alle varie fasi della fondazione, dell'allargamento e della revisione continua iniziata negli anni Novanta. In tal modo, il processo pattizio rifugge alla tentazione di essere in-

teso come una serie di "pezzi di carta" secondo una terminologia cara all'europeismo tedesco di fine Ottocento. Così come gli sviluppi successivi e spesso incontrollati del diritto secondario derivato dai Trattati appaiono riordinati e riordinabili nel quadro di categorie sistematiche sotto il dominio di un pensiero giuridico di collaudata tradizione.

Il primo manuale qui recensito appartiene all'opera di un noto giuspubblicista da tempo docente dell'Università di Mannheim di cui è anche Rettore dall'anno 2005. Avvalendosi del sussidio di un allegato cd-rom, l'A. riesce a contenere l'intera esposizione nel ragionevole limite di «12 Parti» dopo aver affidato al supporto telematico la documentazione fedele dell'ordinamento europeo nella sua dimensione normativa e giurisprudenziale. In tale ampio contesto, trovano chiara e sintetica esplicazione le Parti riguardanti l'introduzione storico-istituzionale nella prospettiva dello sviluppo dell'Unione europea come seconda voce convergente con quella delle Comunità europee, non riconducibili all'oblio dell'archeologia giuridica per effetto di un dinamismo propulsivo proprio del sistema organizzativo comunitario, ivi compresi gli organi giurisdizionali (Parti 1-6 da pp. 1-121). Centrale, nell'ottica del giuspubblicista tedesco, appare la serie delle Parti dedicate ai rapporti con l'ordinamento giuridico degli Stati membri e, in modo particolare, con quello della Repubblica federale tedesca. Partendo dalla filosofia dello Stato come *Founding Father* o padrone del Trattato («*Herr-der-Verträge*»), si poggia la base primaria degli stessi nelle clausole di trasferimento della sovranità nazionale alle istituzioni comunitarie ed unionistiche anche nella prospettiva del loro attuale sviluppo (artt. 23-24 *Grundgesetz*). Sicché, e nel contesto dell'ordinamento costituzionale nazionale, segnato dalla presenza di uno Stato federale e di diritto, è ben possibile spiegare le conseguenti caratteristiche degli ordinamenti europei derivati in termini di "primato" per la sola parte ad essi riservata. Di tale osmosi costituzionale sono espressione le parti successive dedicate ai diritti ed alle libertà fondamentali (Capitoli VIII e IX), nonché alla responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario nei varie settori di cui esso si compone (Capitoli X e XI), ivi comprese le finali relazioni esterne (Capitolo XII). Nel complesso, un'opera particolarmente felice cui l'accademia tedesca ha riservato il massimo favore secondo la tradizione accademica dei *Grundriß* dei manuali universitari tascabili (UTB).

Di ben più ampie dimensioni è il secondo manuale qui recensito dovuto alla "penna" di vari Autori ugualmente interessati a descrivere uno spazio manualistico, capace di illustrare l'operatività del sistema unionistico comunitario, ivi compresa la sua doppia proiezione esterna (internazionale e fondazione interno-statuale). I tre co-autori appartengono notoriamente a varie università e centri di ricerca accademica da Berlino a Bonn a Francoforte (Oder). Con tale testo si dimostra come sia possibile ridurre l'esposizione ad uno schema generale quadripartito estremamente semplice e ridotto, ma tenuto

sotto stretto controllo logico e nozionistico grazie ai "1200 paragrafetti" numerati in cui esso si suddivide, secondo le nuove regole dell'editoria di lingua germanica. Ciò premesso, si osserva come la parte prima sia dedicata ai fondamenti internazionalistici della costruzione europea con particolare riferimento alle sue proiezioni esterne anche ai fini della protezione dei diritti umani, grazie al sistema CEDU. Il capitolo secondo, a sua volta, si riferisce all'attuale "architettura" dell'Unione europea con particolare riferimento ai Trattati di modifica e di ampliamento ed agli sviluppi del c.d. primo pilastro nel quadro dell'Unione economica e monetaria. Di tali sviluppi si rappresentano gli ambiti materiali, spaziali e temporali, all'interno dei quali si è consolidato l'originario nucleo sovranazionale comunitario. Esame dettagliato ricevono le cooperazioni rafforzate incluse nel c.d. secondo e terzo pilastro. In particolare, l'ultimo capitolo si interessa delle modifiche al sistema di protezione giurisdizionale introdotto nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed all'attuato ruolo della Corte di giustizia comunitaria. Anche tale opera, non a caso, ha incontrato particolare favore accademico per le doti di semplicità, chiarezza e concisione che lo caratterizzano.

Compare, infine, nella sua settima edizione il più "fortunato" manuale di diritto europeo attualmente in circolazione, articolato in ben 19 capitoli tenuti insieme da oltre un migliaio di nozioni specifiche. Si tratta, invero, di una trattazione sistematica messa a confronto continuo con la prassi giurisprudenziale, nonché con la casistica europea secondo la regola della Collana *Schwerpunkte* del benemerito editore C. F. Müller (volume 12 della Collana). È possibile così disarticolare l'imponente apparato sistematico concettuale secondo le sue partizioni. La prima di esse è relativa alla nozione ed all'oggetto del «*Europarecht*», al suo sviluppo come espressione del processo integrazionista e soprattutto ai suoi fondamenti primari cui è dedicato il capitolo centrale dell'opera (pp. 82-256). Segue la parte dedicata agli aspetti organizzativi, alle fonti normative, alla legislazione ed alla amministrazione, nonché al sistema giurisdizionale e finanziario secondo categorie ormai comuni. L'impatto del diritto costituzionale dei diritti fondamentali si misura a partire dal capitolo dedicato ai diritti di mercato interno, alla cittadinanza dell'Unione, alla giustizia ed alla polizia, nonché alla concorrenza. La parte più propriamente economica conclude l'opera con riferimento alla disciplina dell'Unione economica e monetaria, alla politica agricola ed alla politica sociale ed ambientale (capitoli XVI-XIX). Anche quest'opera pur dotata di un'ispirazione comune rispetto alle altre, si distingue per il suo più incisivo taglio didattico e per il corredo di indici, liste e grafici relativi agli aspetti più salienti della prassi europea e tedesca del settore.

Massimo Panebianco

Elisa Fontana, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 211, € 14,00

La letteratura specialistica ha mostrato scarsa attenzione alla interessante problematica della efficacia diretta delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato, con particolare riguardo all'art. 88, n. 3 CE. L'argomento, a quanto consta, è stato infatti trattato esclusivamente di riflesso, nell'ambito della più generale disciplina degli aiuti di Stato, *in specie* nella prospettiva della protezione delle posizioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto comunitario generale ed *antitrust* in particolare. Lo studio di *Elisa Fontana* ha quindi il merito di rimediare a questa mancanza, e di attirare al tempo stesso l'attenzione della dottrina specialistica su questo argomento. Si tratta di una pregevole ricostruzione della problematica alla luce della giurisprudenza e della prassi comunitaria. Oltre alla giurisprudenza comunitaria rilevante, che è stata ampiamente trattata e commentata, l'Autrice si sofferma su alcune decisioni importanti dei tribunali nazionali con riguardo al ruolo dei giudici nazionali e alle loro competenze. Competenze sostanziali che siffatti giudici sono tenuti ad esercitare al meglio per garantire i diritti ai singoli derivanti dal diritto comunitario, ancorché la loro azione appare sussidiaria, in rapporto all'azione primaria della Commissione e della Corte di giustizia. In questa prospettiva si concretizza il rapporto tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale nel rispetto dei principi di effettività della norma comunitaria e di leale collaborazione tra le istituzioni e gli Stati membri. Il lavoro affronta altresì la (sempre controversa) nozione di «aiuto» nel diritto comunitario, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia e segnalando l'importanza della essenziale collaborazione tra giudici nazionali, Commissione e Corte di giustizia, nel rispetto dei rispettivi ruoli e competenze. È stata perciò posta l'attenzione sulla questione relativa al c.d. «ricorso parallelo» alla Commissione e alla Corte di giustizia che, alla luce della sentenza *SFEI* del 1996, non è stata ancora precisata definitivamente. L'Autrice in siffatta ipotesi, come peraltro parte della dottrina, sembra preferire la (opportuna) sospensione del giudizio dinanzi al giudice nazionale in attesa della decisione della Commissione, anche se i giudici nazionali, come è attentamente sottolineato, devono in ogni caso salvaguardare le posizioni giuridiche soggettive che la norma comunitaria direttamente efficace attribuisce ai singoli. Elisa Fontana dà contezza, inoltre, degli effetti verticali ed orizzontali della diretta efficacia dell'art. 88, n. 3 CE in ordine all'impatto sulla concorrenza degli aiuti erogati. Da ultimo, la novella prospettiva delineata dalle sentenze della Corte di giustizia nei casi *Van Calster* (2003) e *Streekgewest* (2005) che arricchisce di interessanti opportunità la problematica dell'efficacia diretta di cui si tratta. Il lungo cammino dell'efficacia diretta intrapreso dalla Corte nella sentenza *Costa-Enel* (1964) – in quella fattispecie con obiettivi sostanzialmente cautelari – si estende oggi alla ripetizione dell'aiuto-

tributo illegittimo, configurando un sindacato diffuso di legittimità comunitaria su tutta l'imposizione parafiscale. Si realizza così il vetusto convincimento della Commissione che attraverso la «leva fiscale» gli Stati possono attribuire specifici vantaggi a talune imprese – o penalizzarne altre – con la negativa conseguenza di alterare la concorrenza nel mercato interno. In questa prospettiva, i giudici nazionali sono titolari dell'azione di restituzione dell'aiuto illegittimo e la ripetizione del tributo riscosso «a monte» per finanziare l'aiuto incriminato.

Il lavoro di Elisa Fontana ha dunque il merito di ricostruire in modo rigoroso l'evoluzione sostanziale della diretta efficacia dell'art. 88, n. 3 CE, grazie soprattutto alla giurisprudenza della Corte di giustizia ed all'azione positiva della Commissione, che hanno costituito il parametro necessario all'azione dei giudici nazionali, invero, non sempre solerti nel recepire tempestivamente i principi comunitari posti a tutela dei singoli.

Massimo Fragola

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara - Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

ALBERTO ALEMANNI, *Referendario al Tribunale di primo grado delle Comunità europee di Lussemburgo*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

GIUSEPPE COSCIA, *Ordinario di diritto internazionale privato e processuale / Università del Piemonte Orientale di Alessandria*

STEFANO FERRARIS, *Account Executive - Willis Italia Spa*

MASSIMO FRAGOLA, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria*

FEDERICA MORRONE, *Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale / Università "Federico II" di Napoli*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato in Torino*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato in Milano*

IMMACOLATA ZOPPI, *Dottore in Giurisprudenza / Diploma Avanzato in Studi Europei (DASE) - Collegio europeo di Parma*

